BEREICHERUNGSAUSGLEICH BEI VERLETZUNG FREMDER IMMATERIALGÜTERRECHTE

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei dem
Fachbereich Rechtswissenschaft
der
Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Hansjörg GOTT
Assessor

1976

BEREICHERUNGSAUSGLEICH BEI VERLETZUNG FREMDER IMMATERIALGÜTERRECHTE

Inaugural - Dissertation

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei dem

Fachbereich Rechtswissenschaft

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Hansjörg G o t t

Assessor

1976

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erstgutachter: Prof. Dr.jur. Uwe Wesel
Zweitgutachter: Prof. Dr.jur. Dietmar Willoweit
Tag der mündlichen Prüfung: 3. November 1976

INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung S. 16

I: Schadensersatz und Bereicherungsrecht im gewerblichen Rechtsschutz 19
1.) Die bisherige Lehre von der dreifachen Schadensberechnung "
a) Begründung in der Rechtsprechung des RG "
b) Abschliessende Regelung der gewerblichen Haftungsvorschriften 27
c) Übernahme der dreifachen Schadensberechnung durch den BGH 35
2.) Verhältnis von Schadensersatz und Bereicherungsanspruch 37
a) Unterschiedliche Prinzipien beider Ausgleichsordnungen "
b) Kritik der Behandlung in Rechtsprechung und Lehre 41

II: Historische Grundlagen der gewerblichen Schadenshaftung 49
1.) Die Entwicklung bis 1877 "
a) Gesetzgeberische Motive "
b) Entstehung des Patentschutzes 53
aa) Freihandelslehre und Patentschutz "
bb) Gedanke des monopolistischen Missbrauchs 57
2.) Erfindung und industrielle Forschung 63
a) Einzelerfinder und Erfindungsunternehmen "
b) Ausweitung des Verschuldensprinzips 70

III: Die moderne Dogmatik des Bereicherungsrechts S. 78
1.) Vermögensverschiebung und Leistung "
a) Die condictio des klassischen römischen Rechts "
b) Der Systemgedanke des BGB 81
2.) Entstehung der Eingriffskondiktion 83
3.) Die Lehre von Fritz Schulz 85
4.) Bereicherung auf fremde Kosten 88
5.) Die Lehre vom Zuweisungsgehalt 95
a) Subjektives Recht und Zuweisung "
b) Rechte mit und ohne Zuweisungsgehalt 99
aa) Die gewerblichen Schutzrechte 102
bb) Persönlichkeitsrecht und Recht am Gewerbebetrieb 106
c) Kritik der Zuweisungstheorie 110
aa) Zuweisung und Bereicherung mit fremden Mitteln "
bb) Rechtswidrigkeit als Grundlage der Eingriffskondiktion 117
d) Gewinnherausgabe und Zahlung eines Entgelts 120
Zusammenfassung 127

Literaturnachweis

I. Gesetzgeberische Vorarbeiten

Motive zu dem Entwurf eines BGB, Amtliche Ausgabe 1888.

Motive zu den §§ 31-34 des Patentgesetzes von 1877, Drucksachen des Reichstages 1877 Nr.8

Motive zum Urheberrechtsgesetz von 19o1, Drucksachen des Reichstages 19oo/19o1 Nr.97

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB, 1897.

II. Kommentare, Lehrbücher, Grundrisse, Monographien

Allfeld, Philipp	Kommentar zu den Reichsgesetzen über das gewerbliche Urheberrecht, München 19o4
Arndts, Ludwig	Pandekten, Stuttgart 1886
Barnstedt, Erich	Das Merkmal der Rechtsgrundlosigkeit in der ungerechtfertigten Bereicherung, Berlin, 194o
Barthelmess, Horst	Der Schutz des Patentinhabers, 193o
Batsch, Karl-Ludwig	Vermögensverschiebung und Bereicherungsherausgabe in den Fällen unbefugten Gebrauchens bzw. Nutzens von Gegenständen, Marburg, 1968
Batsch, Karl-Ludwig	Bereicherungshaftung ohne Vermögensmehrung? NJW 1972, 611
Baumbach-Hefermehl	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Band I,1o. Aufl., München 1971, Band II, 1o. Aufl., München 1969
Baur, Fritz	Lehrbuch des Sachenrechts, 6.Aufl. München 197o
Baur, Fritz	Zur Terminologie und zu einigen Sachproblemen der "vorbeugenden Unterlassungsklage", JZ 66,381
Beckensträter, F.W.	Die Festsetzung der Entschädigung bei leicht fahrlässiger Patent- und Gebrauchsmusterverletzung, GRUR 1963, 231
Becker, J.	Das Verhältnis der Bereicherungsansprüche zu den Schadensersatzansprüchen, Bonn, 1913

Beitzke, Günter	Zur Bereicherungsklage bei gutgläubiger Patentverletzung, GRUR 1936, 388
Benkard, Georg	Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, 5.Aufl., München 1969
Bernal, J.D.	Wissenschaft, rororo, Hamburg 1970
Bernhardt, W.	Die Bedeutung des Patentschutzes in der Industriegesellschaft, Köln 1974
Bertrams, Karl	§ 687 Abs.2 BGB im allgemeinen und seine besondere Bedeutung für den gewerblichen Rechtsschutz, Köln, 1933
Beuthien, Volker	Zuwendender und Leistender, JZ 58, 323
Bickenbach, Erhard	Bereicherungsansprüche bei Verletzung von Urheber- und Patentrechten, Köln, 193o
Binder, J.	Vermögensrecht und Gegenstand ArchBürgR 34 (191o), 2o9
Blomeyer, A.	MDR 57, 154 - Anm. zu BGHZ 21,319 (Parkplatz)
Böhme, Helmut	Prolegomena zu einer Sozial- und Wirtschaftsgeschichte Deutschlands im 19. und 2o. Jahrhundert, Frankfurt 1968
Böhmert	Die Erfindungspatente nach volkswirtschaftlichen Grundsätzen (1869)
Bötticher, Eduard	Zur Ausrichtung der Sanktion nach dem Schutzzweck der verletzten Privatrechtsnorm, AcP 158 (1959), 385
Bolze	Gibt es einen Anspruch auf Schadensersatz oder Herausgabe der gezogenen Nutzung wegen einer Patentverletzung, die weder wissentlich noch grob fahrlässig begangen ist? AcP 92 (19o2), 319
Born, Erich	Moderne deutsche Wirtschaftsgeschichte, Köln 1966
Brinz, Alois	Lehrbuch der Pandekten, Erlangen 1857/186o
Brodnitz, Peter	Die rechtlichen Grenzen des Patentschutzes 1935
Bruchhausen, Karl	Bereicherungsausgleich bei schuldloser Patentverletzung, Festschrift für G. Wilde, Seite 23 ff.
Bruns, Franz	Ausgleichsansprüche im gewerblichen Rechtsschutz, Hamburg 1969
Busse, Rudolf	Patent- und Gebrauchsmusterrecht, 4. Aufl., 1972
Busse, Rudolf	Warenzeichengesetz, Berlin
Bussmann	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Berlin 1962

Bydlinski, F.	Lohn- und Kondiktionsansprüche aus zweckverfehlenden Arbeitsleistungen, Festschr.f.Wilburg 1965 S.45
v. Caemmerer, Ernst	Bereicherung und unerlaubte Handlung Festschrift für Ernst Rabel, Band I, Tübingen 1954, Seite 333 ff., zit.v. Caemmerer
v. Caemmerer, Ernst	Bereicherungsansprüche und Drittbeziehungen, Gesammelte Schriften, Band I Tübingen 1968, Seite 321 ff., zit. Bereicherungsansprüche
v. Caemmerer, Ernst	Grundprobleme des Bereicherungsrechts, Gesammelte Schriften, Band I, Seite 37o ff., zit. Grundprobleme
v. Caemmerer, Ernst	Wandlungen des Deliktsrechts, Gesammelte Schriften, Band I, Seite 452 ff., zit. Wandlungen
v. Caemmerer, Ernst	Die absoluten Rechte in § 823 Abs.1 BGB, Gesammelte Schriften, Band I, Seite 554 ff., zit. Absolute Rechte
Callmann, Rudolf	Der unlautere Wettbewerb, 2.Aufl.,1932
Callmann, Rudolf	Sittenwidrige Ausbeutung fremder Arbeit, GRUR 1928, 251
Canaris, C.W.	Bereicherungsausgleich im 3-Personenverhältnis,in Festschrift für K. Larenz München,1973, Seite 799 ff.
Canaris, C.W.	Zu BGH JZ 71, 556 (Flugreise), JZ 71, 56o
Coing, Helmut	Zur Geschichte des Begriffs "subjektives Recht", in: Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit, 1959
Coing, Helmut	Zur Entwicklung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, JZ 58, 558
Connor, John T.	Zur Verteidigung des Patentsystems GRUR 1963, 161
Dahrendorf, R.	Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, dtv, München 1971
Däubler, Wolfgang	Anspruch auf Lizenzgebühr und Herausgabe des Verletzergewinns - atypische Formen des Schadenersatzes, Jus 1969,49
Damme, F.	Der Schutz technischer Erfindungen als Erscheinungsform moderner Volkswirtschaft, Berlin 191o
Disselhorst, Malte	Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle, verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie, Tübingen, 1968
Enneccerus-Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse, 15..Aufl. Tübingen, 1958
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15.Aufl., Tübingen, 1959

Erlanger, Fritz	Schadensersatzpflicht und Bereicherungshaftung des Unternehmers bei Aufführung urheberrechtlich geschützter Musik, Ufita 193o, 5o9
Erlanger, Fritz	Die Anwendbarkeit der §§ 987 ff. BGB bei der Schadensliquidation im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR 1931, 1113
Erman, Walter	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5.Aufl., Münster 1972
Esser, Joseph	Einführung in die Grundbegriffe des Rechts und des Staates, Wien 1949, zit. Einführung
Esser, Joseph	Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitsrechtsprechung im modernen Privatrecht, in Summum Jus Summa Iniuria Tübingen, 1963 Seite 22 ff., zit. Wandlungen
Esser, Joseph	Schuldrecht, 4.Aufl., Band I, 197o, Band II, 1971,zit. I, II
Eucken, W.	Grundsätze der Wirtschaftspolitik (1938)
Fabricius, Fritz	Zur Theorie des stückelosen Effekten-Giroverkehrs mit Wertrechten auf Staatsanleihen, AcP 162 (1963), 456
Federhen, Ludwig	Rechtsfolgen gemeinschaftlich begangener Patent- und Gebrauchsmusterverletzungen, GRUR 1969, 53o
Fikentscher, Wolfgang	Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München 1958
Fikentscher, Wolfgang	Das Recht am Gewerbebetrieb (Unternehmen) als "sonstiges Recht" im Sinne des § 823 Abs.1 BGB in der Rechtsprechung des RG und des BGH, in Festgabe für H. Kronstein, Seite 261 ff.
Fikentscher, Wolfgang	Schuldrecht, 3.Aufl., Berlin, 1971, zit. Fikentscher
v.Fischer, Friedrich	Voraussetzungen und Umfang der Pflicht zur Herausgabe der durch unlauteren Wettbewerb gewonnenen Vorteile, Bern 195o
Fischer, H.A.	Subjekt und Vermögen, Jena, 1923
Fischer, H.A.	Grenzgebiete des Schadensersatzes und des Bereicherungsanspruches, in Festschrift für E. Zittelmann, München 1913 S.1 ff.
Fischer, Theo	Schadensberechnung im gewerblichen Rechtsschutz,Urheberrechtund unlauterem Wettbewerb, Basel, 1961

Flessner, Axel	Wegfall der Bereicherung, Rechtsvergleichung und Kritik, Berlin, 197o
Flume, Werner	Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht, in Festschrift für H. Niedermeyer, Göttingen, 1953, S.1o3 ff. zit. Wegfall
Flume, Werner	Die Entreicherungsgefahr und die Gefahrtragung bei Rücktritt und Wandlung, NJW 7o,1161
Franke, Bernhard	Herausgabe des Gewinns bei Verletzung absoluter Rechte, Leipzig, 1931,
Freund, Rudolf	Der Eingriff in fremde Rechte als Grund des Bereicherungsanspruchs, Breslau, 19o2
Freund-Magnus	Das deutsche Warenzeichenrecht, 6.Aufl Berlin, 1933
Fuchs, Joachim	Die Ausgleichspflicht bei gutgläubiger Patentverletzung, Köln, 1935
v.Gamm	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, München, 1972
Gaul-Bartenbach	Nutzung von Schutzrechten in der Industrieforschung als Patentverletzung, GRUR 1968, 281
Giseke, Ludwig	Zur Bereicherungshaftung bei Urheberrechtsverletzungen, GRUR 1958, 17
v. Godin-Hoth	Wettbewerbsrecht, 2.Aufl., Berlin,1974
Goetzke,	Subjektiver Wertbegriff im Bereicherungsrecht? Zugleich eine Besinnung auf den Wert dogmatischen Denkens im heutigen Zivilrecht, AcP 173 (1973) 289
Grefermann u.a.	Patentwesen und technischer Fortschritt, Göttingen 1974
Greuner, Albrecht	Welche Bedeutung hat § 48 Satz 2 des Patentgesetzes? GRUR 1961,1o8
Grunsky, Wolfgang	Bereicherungsansprüche bei rechtsgrundloser Verfügung eines Nichtberechtigten, JZ 62,2o7
Gülland/Queck	Die gesetzgeberische Reform der gewerblichen Schutzrechte, MuW XIII (1913/14), 397
Gudian, Günter	Inanspruchnahme tarifmäßig zu vergütender Versorgungsleistungen - echter Vertrag oder nicht? JZ 67,3o3
Gursky, K.H.	Ersparnisgedanke und Reserveursache im Bereicherungsrecht, JR 72, 279

Haas, Helmut	Die Darstellung des Tatbestandes der ungerechtfertigten Bereicherung in moderner Sicht, Tübingen 196o
Hadding, Walter	Der Bereicherungsausgleich beim Vertrag zu Rechten Dritter,Tübingen, 197o
Hagen, Horst	Funktionale und dogmatische Zusammenhänge zwischen Schadens-und Bereicherungsrecht, in Festschrift für K.Larenz, München,1973
Hagen, Horst	Fort- oder Fehlentwicklung des Schadenbegriffs? BGH (GSZ) NJW 1968, 1823 in Jus 69,61
Haines, Hartmut	Bereicherungsansprüche bei Warenzeichenverletzungen und unlauterem Wettbewerb, Köln, 197o
Hartmann, A.	Der Bereicherungsanspruch des Bürgerlichen Gesetzbuches, ArchBürgR 21 (19o2), 224
Haymann,	Die Zuwendung aus fremdem Vermögen, JherJb. 77, 188
Heck, Philipp	Grundriss des Schuldrechts, Tübingen, 1929 zit. Heck
Heck, Philipp	Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932
Heck, Philipp	Interessenjurisprudenz, Tübingen 1933
Heine, H.G.	Monopolistischer Patentmißbrauch, GRUR 1948, 17o
Hillmer, Wolfgang	Der Vermögensbegriff bei der Bereicherung, Marburg 1933
Hoepffner, Günter	Haftung des Patentverletzers wegen ungerechtfertigter Bereicherung? GRUR 1972, 237
Hubmann, Heinrich	Gewerblicher Rechtsschutz, 3.Aufl., München
Hubmann, Heinrich	Urheber- und Verlagsrecht,
Hubmann, Heinrich	Das Persönlichkeitsrecht,
Hubmann, Heinrich	Der Bereicherungsanspruch im Persönlichkeitsrecht, Ufita 39, (1963), 223
Isay, Herman	Patentgesetz und Gesetze,betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern,6.Aufl 1932
Isay, Herman	Das Rechtsgut des Wettbewerbsrechts, Berlin, 1933
Isay, Herman	Schadensersatz und Buße im System des deutschen gewerblichen Rechtsschutzes, GRUR 19o4, 25
Isay, Herman	Die Funktion der Patente im Wirtschaftskampf, Berlin, 1927

Jakobs, H.H.	Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Bonn, 1964
Jakobs, H.H.	Die Begrenzung des Verwendungsersatzes AcP 167 (1967), 35o
Jonas, Friedrich	Geschichte der Soziologie, Hamburg 1968, Band I - IV, Zit. Jonas I - IV
Jung, Erich	Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des "rechtlichen Grundes", Leipzig 19o2
Jung, Erich	Das Wesen des schuldrechtlichen Grundes (§ 812 BGB) und dessen Bedeutung für die Systematik des Privatrechts, Reichsgerichtsfestgabe Band III,143
Kaiser, A.	Verhältnis von Vertragsfreiheit und Gesellschaftsordnung während des 19. Jahrhunderts, Berlin 1972
Kassner, H.E.	Die Herausgabe des Verletzergewinns bei mißbräuchlicher Benutzung fremder Warenzeichen, Münster 1959
Katzenberger, Paul	Recht am Unternehmen und unlauterer Wettbewerb, München 1967
Kaufer, Erich	Patente, Wettbewerb und technischer Fortschritt, Bad Homburg 197o
Kellmann, Christoph	Grundsätze der Gewinnhaftung, Berlin 1969
Kellmann, Christoph	Bereicherungsausgleich bei Nutzung fremder Rechtsgüter - zu BGH NJW 71, 6o9 (Flugreise) NJW 71, 862
Kent, Paul	Das Patentgesetz vom 7.April 1891, Berlin 19o6/o7
Kent, Paul	Das Reichsgesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen vom 12.Mai 1894, Berlin 1897
Kisch, Wilhelm	Handbuch des deutschen Patentrechts, Mannheim 1923, Zit. Handbuch
Kisch, Wilhelm	Bereicherungsanspruch bei gutgläubiger Patentverletzung,in Festgabe des Reichspatentamtes, Berlin 1927, Seite 92, Zit. Festgabe
Kisch, Wilhelm	Schadensersatz und Bereicherung bei Patentverletzung, LZ 1927, 667
Klauer/Möhring	Patentgesetz vom 5.Mai 1936, 3.Aufl. 1971
Kleinheyer, Gerd	Eingriffsbereicherung durch unbefugte Nutzung und Wertersatz JZ 61,473

Kleinheyer, Gerd	Rechtsgutverwendung und Bereicherungsausgleich, JZ 7o, 471
Klien, Joseph	Das Recht auf den Eingriffserwerb im BGB, Freiburg 1933
Klingmüller, Ernst	Grundlagen und Methoden der Schadensberechnung - Bemerkungen und Betrachtungen zur neueren Entwicklung, in Karlsruher Forum 1964, 21
Kötter, H.W.	Zur Rechtsnatur der Leistungskondiktion, AcP 153 (1954), 193
Kohler, Joseph	Deutsches Patentrecht, Mannheim 1878, Zit. Patentrecht
Kohler, Joseph	Das Recht des Markenschutzes mit Berücksichtigung der ausländischen Gesetzgebung, Würzburg 1884, Zit.Markenschutz
Kohler, Joseph	Handbuch des deutschen Patentrechts in rechtsvergleichender Darstellung, Mannheim 19oo,Zit.Handbuch
Kohler, Joseph	Lehrbuch des Patentrechts, Mannheim 19o8, Zit.Lehrbuch
Kohler, Joseph	Musterrecht, Stuttgart,19o9, Zit. Musterrecht
Kohler, Joseph	Warenzeichenrecht, Mannheim 191o, Zit. Warenzeichenrecht
Kohler, Joseph	Der unlautere Wettbewerb, Berlin 1914, Zit.Wettbewerb
Kohler, Joseph	Eingriffserwerb im Immaterialgüterrecht, ArchBürgR 35 (191o),91
Kohler, Joseph	Autorrechtliche Studien, AcP 85, (1896), 339
Kohler, Joseph	2. Band, 1. Teil: Schuldrecht, Berlin 19o6, Zit. Lehrbuch
Koppensteiner, H.G.	Probleme des bereicherungsrechtlichen Wertersatzes, NJW 71, 588, 1769
Koppensteiner/Kramer	Ungerechtfertigte Bereicherung, Berlin 1975
Kraft, A.	Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, Berlin 1963
Kraft, A.	Patent und Wettbewerb in der Bundesrepublik Deutschland, Köln 1972
Krautwig, Wilhelm	Ansprüche aus Eingriffskondiktion und unerlaubter Eigengeschäftsführung bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts, Köln 1969
Krawielicki, R.	Grundlagen des Bereicherungsanspruchs Breslau 1936

Kressner, W.	Der Bereicherungsanspruch des Patentinhabers gegen den Patentverletzer und der gleiche Anspruch des Gebrauchsmusterschutzinhabers gegen den Musterverletzer, Leipzig 1936
v. Kritter, U.	Ausgleichsansprüche auf ungerechtfertigt gezogenen Gewinn im gewerblichen Rechtsschutz, Göttingen 1934
Kruse, Werner	Die Ermittlung einer angemessenen Lizenzgebühr als Schadenersatz bei Patentverletzungen, GRUR 1941, 2o2
Kurz, Isolde	Der Besitz als möglicher Gegenstand der Eingriffskondiktion, Tübingen 1969
Larenz, Karl	Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 2.Aufl., München 1972, Zit. AT
Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1; Allgemeiner Teil, 1o.Aufl., München 197o; Band 2: Besonderer Teil, 1o.Aufl. München 1972; Zit. I, II
Larenz, Karl	Vertrag und Unrecht, 2.Teil: Die Haftung für Schaden und Bereicherung, 1937, Zit. Vertrag und Unrecht
Larenz, Karl	Entwicklungstendenzen der heutigen Zivilrechtsdogmatik, JZ 62, 1o5
Lennartz, W.	Schadensersatz- und Bereicherungsanspruch im Urheberrecht, Köln 194o
Lieb, Manfred	Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichem Güterstand, Tübingen 197o
Lieb, Manfred	Nutzungsmöglichkeit als Gegenstand von Bereicherungsansprüchen NJW 71, 1289
Lieberknecht, O.	Patente, Lizenzverträge und Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurt 1953
Lindenmaier, F.	Das Patentgesetz, 5. Aufl. 197o
Lindenmaier, F.	Die Herausgabe des Verletzergewinns, ZAkDR 1936,163
Lindenmaier, F.	Die Vereinheitlichung des materiellen europäischen Patentrechts, GRUR 1942, 485, 51o
Lindenmaier, F.	Zur Höhe der Lizenzgebühr als Entschädigung für Patentverletzung, GRUR 1955, 359
Lobe, A.	Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs,I. Band, Leipzig 19o7

Löwe, Walter	Gebrauchsmöglichkeit einer Sache als selbständiger Vermögenswert? NJW 64, 7o1
v. Lübtow, Ulrich	Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltenden Recht, Berlin 1952
v. Lübtow, Ulrich	Miete und Leihe fremder Möbel, AcP 15o (1949), 252
v. Mayr, Robert	Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts, Leipzig 19o3
Medicus, Dieter	Bürgerliches Recht, 5.Aufl. Köln 1971
Medicus, Dieter	Anmerkung zu BGH NJW 71, 6o9 (Flugreise) FamRZ 71, 25o
Menz, Walter	Der Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung im Falle einer weder wissentlich noch grob fahrlässig begangenen Verletzung eines Patents oder eines Gebrauchsmusters, Leipzig 19o9
Mertens H. J.	Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, Stuttgart 1967
Mestmäcker, E.J.	Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung, JZ 58, 521
Metzler, E.	Schadensersatz ohne Schaden beim minderjährigen blinden Flugpassagier, MDR 71,633
Möhring, Philipp	Einzelfragen der Schadensliquidation im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR 1931, 419
Möller, Hans	Der Umfang des Schadensersatzes nach § 47 Abs.2 PG, GRUR 1938, 221
Münzberg, W.	Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, Frankfurt. 1966
Nawroth, E.	Die wirtschaftspolitischen Ordnungsvorstellungen des Neoliberalismus, Köln 1962
Nebenzahl, E.	Das Erfordernis der unmittelbaren Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Berlin 193o
Neuberg, Ernst	Der geldliche Wert von Patenten, GRUR 1948, 27o
Neuner, Robert	Interesse und Vermögensschaden AcP 133, (1931), 277
Niederländer, H.	Die Bereicherungshaftung im klassischen römischen Recht. Der Ursprung der Haftungsbefreiung durch Wegfall der Bereicherung, Weimar 1953
Nipperdey, H.C.	Tatbestandsaufbau und Systematik der deliktischen Grundtatbestände NJW 67, 1965

Oertmann, Paul	Zur Struktur des subjektiven Privatrechts, AcP 123 (1925), 129
Orth, Siegfried	Die Bereicherung im Patentrecht, München 1928
Ost, Wolfgang	Die Zuordnung als Kriterium des subjektiven Rechts, Tübingen 1965
Ostendorf, H.	Die Be- und Entreicherung beim ungerechtfertigten Verbrauch und Gebrauch von Gegenständen und Leistungen, Kiel 1972
Pagenberg, J.	Zum Verhältnis von Leistungs- und Eingriffskondiktion, NJW 72, 186
Palandt,	Bürgerliches Gesetzbuch, 34.Aufl. München 1975
Peters, H.	Die Gewinnherausgabepflicht aus Verletzung eines Warenzeichens, Göttingen 1936
Pfister, B.	Das technische Geheimnis "Know How" als Vermögensrecht, München 1974
Pietzcker,	Kommentar zum Patentgesetz, Teil I, 1929
Pietzcker,	Zur bevorstehenden Änderung des Patentgesetzes, GRUR 1927,145
Pietzner, R.	Auskunft, Rechnungslegung und Schadensersatz bei wettbewerbswidrigen Eingriffen in fremde Firmenrechte, GRUR 1972, 151
Pinzger, Werner	Das deutsche Warenzeichenrecht, 2. Aufl. München 1937
Pinzger, Werner	Der Bereicherungsanspruch im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR 1927, 269
Pinzger, Werner	Berechnung des Schadensersatzes wegen Patentverletzung, GRUR 1931, 667
Pilger, Preusche	Bereicherungshaftungbei Schleichwerbung im Fernsehen, NJW 74, 2308
Planck,	Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Band, 4.Aufl. Berlin 1928
Plessen, Richard	Die Grundlagen der modernen condictio Leipzig 1904
Rabel, Ernst	Grundzüge des römischen Privatrechts, 2.Aufl., Basel 1955, zit. Grundzüge

Rabel, Ernst	Ausbau und Vermischung des Systems in RheinZ 1o (1919/2o) 89
Rabel, Ernst	Zu Wilburg: Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, RabelsZ 1o (1936), 424
Raiser, Ludwig	Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in Summum Jus Summa Iniuria, Tübingen 1963, S. 145 ff.
Raiser, Ludwig	Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht, JZ 61, 465
Reeb	Grundprobleme des Bereicherungsrechts, München 1975
RG-Räte	Das bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar hrsg. v. RG-Räten u. Bundesrichtern
Reimer,	Kommentar zum Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, 3. Aufl., 1968
Reimer,	Kommentar zum Wettbewerbs- und Warenzeichengesetz, 4. Aufl., Band 1, Köln 1966, Band 3 1971
Reinhardt , R.	Das subjektive Recht in § 823 I BGB JZ 61, 713
Reuter, A.	Tragen die "Kleinen" den Fortschritt? in: Der Volkswirt 1968
Röpke, Wilhelm	Gesellschaftskrisis der Gegenwart, 5.Aufl.
Rötelmann,	Wucherungen im Patentrecht, NJW 54, 1222
Rosenthal, A.	Kommentar zum UWG
Rosenthal, A.	Der Bereicherungsanspruch in den Entwürfen zum Patent- und Warenzeichengesetz, GRUR 1913, 262
Rosenthal, A.	Der Anspruch auf Herauszahlung des als Folge einer unerlaubten Handlung gezogenen Gewinns; das Recht des Fiskus auf solche Gewinne, GRUR 192o, 33
Rothoeft, D.	Vermögensverlust und Bereicherungsausgleich, AcP 163 (1964), 215
Rümelin, Max	Die Billigkeit im Recht, Tübingen,192
Rümker, D.	Das Tatbestandsmerkmal "ohne rechtlichen Grund" im Bereich der Eingriffskondiktion, Hamburg 1972

v. Savigny, F.C.	System des heutigen römischen Rechts, Berlin, Band III, 184o, Band V, 1841, zit. Band III, V
Schacht, F.	Der Bereicherungsanspruch bei gutgläubiger und leicht fahrlässiger Patentverletzung, Breslau 1919
Scheuerle, W.	Das Wesen des Wesens, AcP 163, (1964) 429
Scheuerle, W.	Finale Subsumption, AcP 167, (1967), 3o5
Scheyhing, R.	Leistungskondiktion und Bereicherung "in sonstiger Weise" AcP 157 (1958) 371
Schluep, W.R.	Das Markenrecht als subjektives Recht, Basel, 1964
Schmidt-Ernsthausen	Die Ansprüche aus Patentverletzung, GRUR 1938, 375
Schmidt-Futterer, W.	Die Schadensersatzpflicht des Mieters wegen verspäteter Rückgabe der Mietsache, NJW 62,471
Schmidt-Salzer, J.	Zur Technik der topischen Rechtsbildung. Angemessene Lizenzgebühr und Verletzergewinn als Grundlagen der Schadensberechnung, JR 1969, 81
Schmidt-Salzer, J.	Der Anspruch auf Zahlung eines Nutzungsentgelts wegen entgangener Gebrauchsvorteile, BB 7o,75
Schramm, Carl	Grundlagenforschung auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechtes, Berlin 1954
Schulz, F.	System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcP 105 (1901), 1
Schumpeter, J.	Geschichte der ökonomischen Analyse, Bd. 1,2, Göttingen 1965
Schwarz, F.	Die Grundlagen der condictio im klassischen römischen Recht, 1952
Seligsohn, A.	Patentgesetz und Gesetz, betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern, 1932
Seligsohn, J.	Die Bereicherung im Patentrecht, GRUR 1928, 672
v. Siemens, Peter	Forschung und technischer Fortschritt in der Großindustrie, GRUR Int.197o, 77
Silberstein, M.	Erfindungsschutz und merkantilistische Gewerbeprivilegien, Zürich 1961
Soergel, H.T.	Bürgerliches Gesetzbuch, 1o.Aufl. Stuttgart 1967
Sohm, Rudolf	Vermögensrecht. Gegenstand. Verfügung, ArchBürgR 28, 173
Sombart, W.	Der moderne Kapitalismus,
Spengler, A.	Ist das Schuldprinzip nicht mehr zeitgemäß? Wandel der Schadensvoraussetzungen im gewerblichen Rechtsschutz,

Staudinger,	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1o. Aufl.,
Steindorff, E.	Abstrakte und konkrete Schadensberechnung, AcP 158 (1959), 431
Stern, Heinrich	Der Bereicherungsanspruch gegen den Patentverletzer, GRUR 191o, 316
Sterner, E.	Zum Bereicherungsbegriff des neuen Patentgesetzes (§ 48 Satz 2 PG), GRUR 1937, 339
Storch, Klaus	Schadensersatz bei Warenzeichenverletzungen, GRUR 1963, 9
Sumera, R.	Das Problem der Bereicherungshaftung bei rechtswidrigen, schuldlosen Verletzungen des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb im Wettbewerb, Frankfurt 196o
Sumera, R.	Ist die potentielle Gebrauchsmöglichkeit eines Rechts ein selbständiger Vermögenswert, NJW 64, 1841
Szamatolski, H.	Muß der Patentverletzer die Ersparnis herausgeben?, GRUR 1931, 58o
Teichmann, K.	Die Flugreise-Entscheidung - BGHZ 55, 128, Jus 72, 247
Tetzner, Heinrich	Kommentar zum Patentgesetz und zum Gebrauchsmustergesetz, 2.Aufl. Nürnberg 1951
Tetzner, Heinrich	Kommentar zum Warenzeichengesetz, Heidelberg 1958
Tetzner, Heinrich	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2.Aufl. Köln 1957
v. Thur, A.	Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, in: Aus Römischem und Bürgerlichem Recht, Weimar 19o7, Seite 291
Tolksdorf,	Herausgabe des Verletzergewinns, MuW 1936, 443
Ulmer, Eugen	Urheber-„und Verlagsrecht, 2.Aufl., Berlin 196o, zit. Ulmer
Ulmer, Eugen	Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb in ihrer Fortbildung durch die Rechtsprechung, Berlin 1929

Ulmer, Eugen	Wandlungen und Aufgaben im Wettbewerbsrecht, GRUR 1937, 769
Unterburg, Gerd	Die Bedeutung der Patente in der industriellen Entwicklung, Berlin 197o
van der Velde, K.	Ausgleichsanspruch auf ungerechtfertigt gezogenen Gewinn im Erfinder- und Urheberrecht, Marburg 1922
Wehler, H.U.	Geschichte und Ökonomie, Köln 1937
Weitnauer, H.	Die bewußte und zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens, NJW 74, 1729
Wesel, Uwe	Zur Methode der Rechtsgeschichte, Kritische Justiz 1974, 337
Westermann, Harry	Sachenrecht, 5.Aufl. Karlsruhe 1966
Wieacker, F.	Zum System des deutschen Vermögensrechts, Leipzig 1941
Wieacker, F.	Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung, AcP 148 (1943), 57
Wiese,	Der Ersatz des immateriellen Schadens,
Wilburg, Walter	Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, Graz 1934, zit. Wilburg
Wilburg, Walter	Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 163 (1964), 346
Wilhelm	Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung,
Windscheid, B.	Lehrbuch des Pandektenrechts, 4.Aufl. 1875
Wolff-Raiser	Sachenrecht, 1o.Aufl. Tübingen 1957
Zeiss, Walter	Leistung, Zuwendungszweck und Erfüllung JZ 1963,7
Zeuner, A.	Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden, AcP 163 (1964) 38o

Einleitung

Gegenstand dieser Arbeit ist die kritische Würdigung der vom RG entwickelten und vom BGH unter Berufung auf ihre gewohnheitsrechtliche Geltung übernommenen sog. dreifachen Schadensberechnung bei Verletzung gewerblicher Immaterialgüterrechte. Diese Rechtsprechung ist heute heftiger denn je umstritten und wird von der überwiegenden ausservgewerblichen und teilweise auch gewerblichen Literatur abgelehnt, wobei neuerdings insbesondere der Kommentar von Lindenmaier/Weiss seine vorbehaltlose Bejahung aufgegeben hat. Anlass der Kritik ist seit je die Charakterisierung des Gewinnanspruchs als Schadensersatzanspruch, weil dessen Voraussetzungen - nämlich Vorliegen eines Schadens sowie Verschulden - von der Rechtsprechung im Laufe der Entwicklung als hinderlich empfunden und mehr oder weniger aufgegeben wurden, ohne daß man sich zur Übernahme des hier allein in Frage kommenden Bereicherungsanspruchs entschliessen konnte.

Die Einordnung des Gewinnanspruchs ins Schadensrecht hat hauptsächlich zwei Gründe. Zur Zeit der Entstehung der gewerblichen Schutzvorschriften, also gegen Ende des vorigen Jahrhunderts, waren die Interessen der im Aufbau befindlichen

Industrie vorrangig vor denen des Erfinders. Es galt daher zunächst jene zu schützen und den Erfinderschutz möglichst restriktiv zu handhaben, obwohl auch damals schon die grundsätzliche Berechtigung einer Ausgleichsforderung bei Verletzung fremder Schutzrechte anerkannt wurde. Zum anderen stand ein geeignetes Ausgleichsinstrumentarium nicht zur Verfügung. Einen dogmatisch abgesicherten Begriff der hier in Betracht kommenden Eingriffskondiktion gab es vor Kodifizierung des BGB und auch lange danach noch nicht. Als Anspruchsgrundlage bot sich lediglich der deliktische Schadensersatz an. Dabei ergab sich, daß dem Verletzten oft kein Schaden entstanden und dem Verletzer ebensowenig schuldhaftes Handeln vorzuwerfen war.

In beiden angesprochenen Bereichen hat sich die Situation zwischenzeitlich grundlegend gewandelt. Die Phase der Industrialisierung ist längst abgeschlossen. Heute ist es die Industrie selbst, welche teure Forschung betreibt und deshalb eines entsprechenden Schutzes bedarf, dessen Voraussetzungen sich aber nicht mehr an den Gegebenheiten der Gründerzeit zu orientieren brauchen. Durch Wilburg's Lehre vom Zuweisungs-

gehalt wurde ausserdem die Eingriffskondiktion als selbständige Anspruchsgrundlage des Güterschutzes gegenüber der Leistungskondiktion ausgestaltet und damit ein adäquates Ausgleichsmittel geschaffen. Denn die Eingriffskondiktion erfasst ebenso die Herausgabe eines etwaigen Überschusses wie Zahlung eines der Benutzung entsprechenden Entgelts.

Die vorliegende Arbeit gliedert sich in drei Hauptteile: im ersten wird auf die die Schadensberechnung des RG tragenden Entscheidungen eingegangen und die daraus entwickelte These der abschliessenden Regelung der gewerblichen Sondervorschriften dargestellt. Der zweite Teil befasst sich mit den entwicklungsgeschichtlichen Aspekten des gewerblichen Rechtsschutzes sowie dessen ökonomischen Hintergründen. Gegenstand des dritten Teils ist dann eine Darstellung des Bereicherungsrechts und insbesondere der Eingriffskondiktion, die sich wegen des Dominierens der Leistungsbereicherung erst sehr spät als eigenständige Anspruchsgrundlage herauskristallisiert hat. In diesem Teil wird auch versucht, die Eingriffsbereicherung in dem durch die Zuweisungstheorie gesteckten Rahmen noch zu präzisieren und damit einer aufkommenden Kritik zu begegnen.

I.

Schadensersatz und Bereicherungsrecht im gewerblichen Rechtsschutz

1.) Die bisherige Lehre von der dreifachen Schadensberechnung

a) Begründung in der Rechtsprechung des Reichsgerichts

Zur Frage der Rechtsfolgen einer schuldhaften Immaterialgüterverletzung hat das Reichsgericht bereits vor Einführung des BGB in zwei grundlegenden Entscheidungen Stellung genommen. Das Urteil vom 31. 12. 1898 (1) betraf ein patentiertes Verfahren zur Vergärung von Maischen, das ein Nichtberechtigter ohne Erlaubnis und ohne Zahlung einer Gebühr mehrere Jahre lang wissentlich in seiner Brennerei angewandt hat. Mit der auf § 34 PatG 1877 und § 35 PatG 1891 gestützten Klage verlangte der Patentinhaber Schadensersatz in Höhe des durch die unbefugte Anwendung seiner Erfindung erzielten Gewinns.

---

1) RGZ 43, 56 = GRUR 1899, 246

Da der Kläger aber nicht selbst in der Lage war, das Patent in der Brennerei des Beklagten zu nutzen, kam nach Ansicht der Vorinstanz Gewinnherausgabe nicht in Betracht. Entgangen sei lediglich die Lizenzgebühr, die er, weil dem Beklagten bei rechtmässigem Vorgehen die Benutzung gestattet worden wäre, tatsächlich erhalten hätte. Dem hielt das Reichsgericht entgegen, dass hier der Begriff der Entschädigung verkannt sei (2). Darunter falle jeder Unterschied in der Vermögenslage, der auf das schädigende Ereignis zurückgeht. Die Frage aber, was schädigendes Ereignis darstellt, soll nach den in dem Urteil vom 8.6.1895 (3), das als leading case der Rechtsprechung zum gewerblichen Schadensrecht gilt, entwickelten Grundsätzen verschieden beantwortet werden. Dort vertrieb der Inhaber eines Patentes für die Herstellung mechanischer Musikstücke (Ariston) Kompositionen des Klägers ohne dessen Genehmigung.

Das RG sah sich hierzu deshalb veranlasst, weil der Beklagte andernfalls die ihm durch sein unrechtmässiges Vorgehen zugeflossene Bereicherung,

---

2) aaO. S. 57

3) RGZ 35,63

nämlich den geschäftlichen Gewinn, mangels eines Schadensdes Klägers behalten durfte. Die Vorinstanz hatte den gemäss § 18 VI KUrhG vom 11. 6. 1870 (die Bestimmung lautete: "Wenn den Veranstalter des Nachdruckes kein Verschulden trifft, so haftet er dem Urheber oder dessen Rechtsnachfolger für den entstandenen Schaden nur bis zur Höhe seiner Bereicherung") auf Herausgabe der Bereicherung gerichteten Anspruch mangels Einbusse beim Verletzten verneint; sie stellt dazu fest, dass die Anerkennung der Bereicherungsklage ohne Schaden auf eine Pönalklage hinauslaufe, die der Gesetzgeber "bei Verschulden neben der Kriminalstrafe für überflüssig, bei Schuldlosigkeit aber für unbillig halten durfte" (4).

Dem hielt das RG entgegen, dass die genannte Vorschrift auch für den Fall des schuldhaften Eingriffs gelten müsse. Das Erfordernis eines Schadens veranlassten das Gericht weiter, dem Geschädigten die Zerlegung des schadenstiftenden Ereignisses in seine Bestandteile zu gestatten und sich einen davon zur Durchsetzung seines Anspruchs auszuwählen. Der Urheber könne nämlich

---

4) RGZ 35, 65

die Handlung des Schädigers überhaupt ablehnen und den ihm dann nachweisbar entgangenen Gewinn ersetzt verlangen. Er habe ausserdem die Möglichkeit, sich darauf zu berufen, dass seine Genehmigung nicht vorgelegen habe. Da er für die Erteilung der Genehmigung eine Lizenzgebühr erhalten hätte, stelle diese hier seinen entgangenen Gewinn dar.

Darüber hinaus könne der Urheber einwenden, dass der Schädiger in seinem eigenen Interesse gehandelt habe. Hätte er nämlich die Interessen des Rechtsinhabers verfolgt, hätte diesem auch der Gewinn herausgegeben werden müssen. Als dritte Möglichkeit der Schadensberechnung könne der Urheber deshalb Herausgabe des Verletzergewinns verlangen (5). Diesen Anspruch stützt das RG noch auf die weitere Erwägung, nach Gemeinem Recht werde bei den prätorischen Deliktsklagen nach Ablauf eines Jahres "nur noch" Gewinnherausgabe geschuldet (6). Entsprechend müsse auch der Erbschaftsbesitzer den gezogenen Gewinn herausgeben (7).

---

5) aaO. S. 70

6) Ulp. D. 42.8.10.24; Paul. D. 44.7.35

7) Paul. D. 5.3.22.

Jakobs (8) weist in diesem Zusammenhang mit Recht auf die Besonderheit der Situation hin, welcher sich das RG gegenübersah. Es wollte einen Anspruch auf Herausgabe des Gewinns auch für den Fall gewähren, dass der Urheber aller Wahrscheinlichkeit nach nie in der Lage war, sein Werk kommerziell zu nutzen. Es musste ausserdem mit dem in § 18 VI KUrhG enthaltenen Schadenserfordernis irgendwie zurechtkommen. Dies ist ihm, wenn man die gefundene Lösung vom Blickpunkt des absoluten Rechts her ins Auge fasst, auch durchaus gelungen. Allein die Frage der rechtlichen Einordnung des so gewonnenen Anspruchs, nicht zuletzt durch die Rechtsprechung des RG selbst, ist in der Folgezeit immer wieder erheblichen Bedenken ausgesetzt gewesen.

Mit Urteil vom 31.12.1898 (9) werden die so gewonnenen Grundsätze auf das Patentrecht übertragen. Das RG sah im Gewinnanspruch von Anfang an einen Anspruch auf Ersatz desjenigen Schadens, der dem Verletzten dadurch entstanden ist, dass der Verletzer die Früchte des fremden

---

8) Jakobs S. 82

9) RGZ 43, 56

Rechts gezogen hat. Dementsprechend ist in den nachfolgenden Entscheidungen immer davon, dass der Gewinn "unter den Begriff des Schadens" falle, und von Gewinnherausgabe als Schadensersatz die Rede (10). Diesen Gedanken hat das RG später nochmals in der Entscheidung RGZ 130, 108, 110 in Erinnerung gerufen.

In anderen Entscheidungen (11) hat es zur Begründung des Anspruchs auf Herausgabe des Verletzergewinns dann aber mehr auf den Gesichtspunkt der sog. unechten Geschäftsführung ohne Auftrag abgestellt und den Patentverletzer in rechtsähnlicher Anwendung der §§ 687 II, 667 BGB zur Herausgabe des durch die patentverletzende Handlung erzielten Gewinns deshalb für verpflichtet erklärt, weil er sich so behandeln lassen müsse, als ob er das Patent lediglich in Geschäftsführung für den Inhaber benutzt hätte. Diese Begründung beruht auf der Erwägung, dass sich jeder unter Verletzung eines Patent-, Gebrauchsmuster- oder Kunstschutzes hergestellte Gegenstand als eine Verkörperung des geschützten Erfindungsgedankens oder der geschützten Form-

---

10) RGZ 46, 14; 50, 11; 70, 249, 250

11) RGZ 46, 14, 18; 70, 249; 156, 65, 67

gebung darstelle und dass daher der gewerbsmässige Vertrieb solcher Gegenstände durch einen Nichtberechtigten zugleich eine eigennützige Verwertung des fremden Rechtsgutes enthalte, daher als Besorgung eines fremden Geschäfts im Sinne des § 687 II BGB anzusehen sei (12).

In der weiteren Entwicklung wird der Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns ohne nähere Begründung, nur unter Bezugnahme auf die ständige Rechtsprechung oder auch ohne solche Bezugnahme als bestehend anerkannt (13). Feststeht nach dieser Rechtsprechung ebenfalls, dass der Gewinnanspruch ohne Rücksicht darauf, was der Berechtigte selber erwirtschaftet hätte, geltend gemacht werden kann (14). Denn der "prinzipielle Ausgangspunkt für die Ermittlung der Schadenshöhe bei einer Patentverletzung, dass dem Patentberechtigten

---

12) RGZ 108, 1,5/6

13) RGZ 84, 370, 377; 95, 220; 126, 127, 132, vgl. hierzu auch Kisch, LZ 1927, 674 Anm. 15; Festgabe S. 117; Möhring GRUR 1931, 420; Wilburg S. 98 f.; Ulmer § 78 S. 306

14) RGZ 43, 59, 60; vgl. auch RGZ 70, 251; 126, 127; 130, 108; 156, 165

an Absatz entgangen, was der Nichtberechtigte in unberechtigter Anwendung des Gegenstandes der patentierten Erfindung gewerbsmässig produziert und abgesetzt hat, ist durchaus richtig und der Tendenz des Patentschutzes, für die Dauer desselben dem Erfinder die Früchte seiner Erfindung in Bezug auf deren gewerbliche Verwertung zu sichern, entsprechend" (15).

Eine Anwendung dieser Grundsätze lehnte es dagegen bei Warenzeichenverletzungen mit der Begründung ab, dass der Gewinnanspruch auf die Benutzung eines fremden selbständigen Genussgutes als absolutes ausschliessliches Recht beschränkt sei. Das WZG enthalte demgegenüber lediglich Verbotsbestimmungen, durch welche zwar der redliche Geschäftsbetrieb und damit Interessen der Allgemeinheit, nicht aber Einzelinteressen geschützt werden. Deren Beeinträchtigung wurde somit die unbefugte Benutzung fremder Vermögensobjekte gegenübergestellt und Gewinnherausgabe dort nur zugelassen, falls der Verletzte selbst in der Lage war, einen

---

15) so RG JW 1890, 162 Nr. 17; vgl. auch RGZ 58, 321 = JW 04, 501; Freund-Magnus S. 192,

Gewinn in dieser Höhe zu erzielen (16).

b) Abschliessende Regelung der gewerblichen Haftungsvorschriften.

Die geschilderte Auslegung der gewerblichen Spezialnormen und damit verbundene Verknüpfung von Gewinnanspruch und deliktischem Schadensersatz führte zu der Annahme einer abschliessenden Regelung dieser Vorschriften derart, dass, mit Ausnahme von Urheberrechtsverletzungen, wo auch Bereicherungsansprüche von Anfang an zugelassen wurden, Ansprüche gegen den Verletzer nur bei Verschulden gegeben waren. Diese sog. abschliessende Regelung des Erfinder- und Warenzeichensrechts hat man primär aus dem Wortlaut dieser Gesetze abgeleitet. Weder im Patent-, Gebrauchsmuster- und Warenzeichengesetz von 1874 bzw. 1877 noch in deren Neufassung aus den Jahren 1891 und 1894 war eine Bestimmung darüber enthalten, dass ausser in den durch die Sondergesetze aufgeführten Fällen oder unter anderen tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen ein Vermögensausgleich zwischen dem Berechtigten und dem Erfinder vorzunehmen sei. Dieses Schweigen des Gesetzes veranlassten Recht-

---

16) RGZ 47, 100; 58, 323; 106, 1, 6 f.; s. dazu Pinzger GRUR 1927, 269, 271

sprechung und die ihr folgenden Literatur zu der Annahme, der Gesetzgeber habe dadurch seinen Willen hinsichtlich einer erschöpfenden Regelung in Form des Schadensausgleichs zum Ausdruck gebracht (17). Die gewerblichen Sondergesetze stellten damit neben dem Schadenerfordernis auch eine Verschuldensgrenze auf, über die hinaus Vergütungsansprüche, insbesondere gegenüber dem gutgläubig Handelnden, nicht gewährt werden sollten.

Seitdem ist streitig, ob die §§ 812ff. BGB durch eigene Spezialregelungen in den privatrechtlichen Sondergebieten des Immaterialgüterrechts und des Wettbewerbsrechts ausgeschlossen werden. Unstrittig ist die Rechtslage wie gesagt lediglich im Urheberrecht, wo § 97 III UrhG ausdrücklich bestimmt, dass Ansprüche aus anderen gesetzlichen Vorschriften davon unberührt bleiben, was sich, wie aus den Materialien ersichtlich ist, in erster Linie auf

---

17) RGZ 12, 105; 14, 69; 15, 121, 132; 21, 68, 71; 43, 59; 62, 320; 113, 413, 424; 121, 261; 126, 127; RG JW 1908, 448; 1914, 406; RG MuW 1927/28, 615; zustimmend in der Literatur: Kohler, Markenschutz S. 353; Patentrecht S. 456/57; Handbuch S. 558, Kisch, Handbuch S. 445, 458; Festgabe S. 113; Allfeld § 35 PatG Anm. 5; Kent II § 35 PatG Anm. 46

die Ansprüche nach §§ 812 ff. BGB bezieht (18). Dagegen vertrat das RG und vertritt auch heute noch ein Teil der Lehre für das PatG, das WZG und das UWG die gegenteilige Auffassung, dass nämlich die Ansprüche des Verletzten (Schadenersatz, Unterlassung) dort abschliessend geregelt seien. Der ein Verschulden nicht voraussetzende Bereicherungsanspruch könne daneben nicht geltend gemacht werden (19).

Der BGH hat über diese Streitfrage noch nicht entschieden. Die heute herrschende Lehre lehnt die reichsgerichtliche Stellungnahme jedoch ab (20).

---

18) so auch schon BGHZ 15, 338, 348, 349; 20, 345, 354; 38, 356, 369

19) RGZ 108, 6; 121, 261; ebenso Reimer § 47 PatG Anm. 39; Klauer § 47 PatG Anm. 27; Busse § 47 PatG Anm. 18, 30; Benkard § 47 PatG Anm. 53; Erman Anm. 2 vor § 812 BGB; interessant in diesem Zusammenhang auch die polemischen Ausführungen J.L. Seligson's gegen Orth in GRUR 1928, 672 f.; vergl. ebenfalls die in Anm. 45 Genannten

20) Für die Anwendung der Bereicherungsvorschriften sind: Staudinger Anm. 16 f. vor § 812 BGB; RGRK § 812 Anm. 2c und 32; Palandt Anm. 4 vor § 812; Enneccerus-Lehmann § 221 II, 2; Enneccerus-Nipperdey S. 687; Heck § 141 Nr. 5; Wilburg S. 44; v. Caemmerer S. 354, 356; Larenz II S. 410; Esser II S. 365; Fikentscher S. 583; Baumbach-Hefermehl I UWG, Einleitung Anm. 336 f.; Bussmann S. 250; Tetzner § 47 PatG Anm. 36, § 48 PatG Anm. 4 und 7; Lindenmaier § 47 PatG Anm. 44; Bolze AcP 92, 333; Pinzger GRUR 1936, 762; Sterner GRUR 1937, 339; Lindenmaier GRUR 1942, 485, 510, 511; vgl. auch Nebenzahl S. 88 f.; Orth S. 57 f.; Fuchs S. 65 f., 74; Schramm, Grundlagenforschung S. 351 f.

Nach dieser Lehre kann insbesondere aus der Regelung des Schadenersatzes bei Verletzung gewerblicher Schutzrechte nichts für die Statthaftigkeit von Bereicherungsansprüchen abgeleitet werden (20a). Das ergibt sich schon aus der anders gearteten Funktion des Bereicherungsrechts gegenüber dem Schadensersatz, weil dort nur eine Haftung im Rahmen des § 818 BGB stattfindet (20b), während hier Verschulden vorausgesetzt wird. Aus dem gleichen Grund verstossen Bereicherungsansprüche auch nicht gegen "Sinn und Zweck" der Sondergesetze für den gewerblichen Rechtsschutz, da beide an unterschiedliche Voraussetzungen knüpfen, die eine grundsätzliche Trennung von Schadensersatz- und Bereicherungsansprüchen zur Folge haben.

Der Bereicherungsanspruch ist demnach weder durch § 47 II 2 PatG ("Fällt dem Verletzer nur leichte Fahrlässigkeit zur Last, so kann das Gericht statt des Schadenersatzes eine Entschädigung festsetzen, die in den Grenzen zwischen dem Schaden des Verletzten und dem Vorteil bleibt, der dem Verletzer erwachsen ist,") noch § 48 Satz 2 PatG ("Hat der

---

20a) Staudinger Anm. 17a vor § 812 BGB; Enneccerus-Lehmann § 221 II, 2; Fuchs S. 66 weist nach, dass das Argument der abschliessenden Regelung durch die sondergesetzlichen Vorschriften auf dem vom RG entwickelten Schadensbegriff, der auch die Bereicherung erfasst, beruht.

20b) BGH GRUR 1962, 509, 510 - Dia-Rähmchen II

Verpflichtete durch die Verletzung auf Kosten des Berechtigten etwas erlangt, so ist er auch nach Vollendung der Verjährung zur Herausgabe nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet") ausgeschlossen, weil ersterer nur für den Fall leichter Fahrlässigkeit eine Milderung der Haftung vorsieht und letzterer die Haftung im Verjährungsfall entsprechend § 852 BGB auf die Bereicherung beschränkt. Über die Rechtslage vor Eintritt der Verjährung wird damit nichts gesagt (20c).

Das gesetzgeberische Motiv für die Einfügung der §§ 47, 48 PatG durch die Patentgesetznovelle von 1936 ist darin zu sehen, die Verschuldenshaftung des Patentrechts der des allgemeinen Zivilrechts soweit wie möglich anzugleichen (20d). Dabei wurde erstmalig auch hier für den Umfang des Schadensersatzes die Möglichkeit einer Abstufung nach dem Grad des Verschuldens eingeführt. Die im Schrifttum vertretene Ansicht, dass neben den im Patentgesetz enthaltenen Ansprüchen auch solche aus Eingriffskondiktion gegeben sind, hat sich gegen die Auffassung des RG von der abschliessenden Regelung der gewerblichen Schutzrechte nicht durchsetzen können. Mit länger als drei Jahren zurückliegenden Verletzungshandlungen brauchte sich der Berechtigte demnach nicht zu be-

---

20c) Lindenmaier § 47 PatG Anm. 44

20d) Amtl. Begründung zum PatG 1936 Bl. f. PMZ 1936, 113; Klauer § 47 PatG Anm. 28

schäftigen. Hier wollte der Gesetzgeber also eine gewisse Erleichterung schaffen. Allerdings muss für einen Anspruch aus § 48.2 PatG Verschulden gegeben sein, wobei leichte Fahrlässigkeit ausreicht.

Der § 47 PatG will den leicht fahrlässig handelnden Patentverletzer lediglich vor unbilligen Vermögensverlusten schützen, die sich aus der Erweiterung des Schadenbegriffs ergeben können. Beim Bereicherungsanspruch ist der Verletzer in dieser Hinsicht schon durch den Anspruch als solchen geschützt, weil dieser auch bei leichter Fahrlässigkeit nur auf die tatsächlich vorhandene Bereicherung gerichtet ist. Ebensowenig spricht das häufig vorgebrachte Argument (21), dass durch die Nichterwähnung der im Entwurf des Patentgesetzes von 1913 vorgesehenen Bereicherungshaftung nach Rechtshängigkeit im Gesetzestext von 1936 Bereicherungsrecht eben ausgeschlossen werde, für die Richtigkeit dieser Auffassung. Denn daraus kann ebenso hergeleitet werden, dass es Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen bleiben soll, ob die an sich allgemein geltenden §§ 812 BGB auch bei Eingriffen Dritter Anwendung finden (22). Aus der gesetzlichen Regelung ergibt sich daher nichts zu ungunsten der Zulassung von Bereicherungsansprüchen im gewerblichen Rechtsschutz.

Es kann hier jedoch keine generelle Lösung derart geben, dass, wer schuldlos fremde Immaterialgüter-

---

21) Reimer § 48 PatG Anm. 7

22) Staudinger Anm. 17b vor § 812 BGB

rechte benutzt, gehalten sein soll, auch die Nutzung herauszugeben, welche das Äquivalent seiner eigenen Tüchtigkeit, seines eigenen Aufwandes, eigener Organisation usw. ist. Denn hauptsächlich die Vorstellung, die Kondiktion gehe auf allen erlangten Gewinn, hat in den Fällen des Eingriffserwerbs zum Widerstand gegen den Bereicherungsanspruch auf dem Gebiet der gewerblichen Schutzrechte geführt. Damit wird auf eine Eigentümlichkeit des Bereicherungsrechts hingewiesen, welche heute noch Gegenstand wissenschaftlicher Auseinandersetzungen ist. Während die klassische condictio auf "certa res" oder "certa pecunia", also eine gegenständlich bestimmte Schuld ging, folgt das BGB durch Einbeziehung von Nutzungen und Surrogaten in den Bereicherungsausgleich (§ 818 I BGB) einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise (23). Danach ist der Bereicherungsanspruch nicht wie der Leistungsanspruch, für den § 275 BGB gilt, konkret an dem vom Bereicherungsschuldner Erlangten, sondern abstrakt an dessen Vermögen orientiert. Es kann zwar jeder Vermögensvorteil herausverlangt werden, die Kondiktion ist aber nur darauf gerichtet, dem Bereicherten die tatsächliche Werterhöhung in Gestalt eines etwaigen Überschusses und nicht einen an den Verhältnissen des Entreicherten orientierten Wertzuwachs abzu-

---

23) Flume NJW 70, 1162; Disselhorst S. 32 f.

nehmen (24). Dabei wird zu Recht auch der wesensgleiche Aufwendungsersatz einbezogen, wenn besagtes Gut üblicherweise nur gegen Entgelt gewährt wird (25).

Gegen den Einwand der Systemwidrigkeit des Bereicherungsanspruchs für den Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes spricht schliesslich auch, dass die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung auch auf dem Gebiet des Patent- und Gebrauchsmusterrechts allgemein Anwendung finden. So besteht z.B. bei unwirksamer Übertragung eines Patents oder Lizenzeinräumung ein Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung. Ebenso verhält es sich für den Fall, dass auf Grund einer Bekanntmachung oder Patenterteilung Lizenzen an den danach

---

24) Flessner S. 4 f.; Flume, Niedermeyer - Festschrift S. 175; "Die Signatur des geltenden deutschen Bereicherungsrechts ist die abstrakte Vermögensrechnung" und: "Die Formulierungen des Gesetzes dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Bereicherungsanspruch auf den Wert der Vermögensmehrung abgestellt ist"; Staudinger § 812 Anm. 9: "Erlangt ist nur der Überschuss"; vgl. auch Soergel § 812 Anm. 181; Palandt § 818 Anm. 6; RGRK § 812 Anm. 1; RGZ 170, 67; BGHZ 1, 81; 9, 335

25) Esser II S. 343, 377; Heck S. 420; Staudinger § 812 Anm. 13; RGRK § 812 Anm. 14; Soergel § 812 Anm. 65, 200; Palandt § 812 Anm. 5; Ermann § 812 Anm. 2 c; Canaris JZ 71, 560, Anm. zum BGH-Urteil vom 7.1.71 (Flugreise); Schmidt-Futterer NJW 62, 471; siehe auch BGHZ 14, 90; 20, 275 und 355

Berechtigten gezahlt werden und es später nicht zur Patenterteilung kommt oder das erteilte Patent sich als unrichtig erweist.

c) Übernahme der dreifachen Schadensberechnung durch den BGH

Der BGH hat sich der Rechtsprechung des RG unter Hinweis auf ihre gewohnheitsrechtliche Geltung mehr oder weniger kommentarlos angeschlossen und ihren Anwendungsbereich sogar noch erweitert (26). Im Gegensatz zum RG gewährt er auch bei Eingriffen in das Warenzeichenrecht und reine Persönlichkeitsrechte, soweit es sich hierbei um "vermögenswerte Ausschliesslichkeitsrechte" handelt, deren Nutzung durch Dritte üblicherweise nur gegen Entgelt gestattet wird, einen Anspruch auf den Gewinn oder angemessene Lizenzgebühr (27).

---

26) BGHZ 20, 353; 34, 323; 44, 376 = GRUR 1966, 375; BGH GRUR 1957, 336; 1961, 26 und 354; 1962, 401 und 509; 1963, 642; 1968, 33; zustimmend i.d. Lit.: Busse § 47 PatG Anm. 18, 30; Klauer § 47 PatG Anm. 27; Reimer § 47 PatG Anm. 39, § 48 PatG Anm. 7; Erman Anm. 2 vor § 812 BGB; Schmidt-Ernsthausen GRUR 1938, 375, 379; Benkard § 47 PatG Anm. 53

27) BGHZ 44, 380; vgl. auch Storch GRUR 1963, 9

Der Gewinnanspruch ist auch nach Auffassung des BGH kein Bereicherungsanspruch (28). Es kommt deshalb - ausser nach Vollendung der Verjährung (§ 48.2 PatG) - nicht darauf an, ob der Verletzer noch bereichert ist, sondern nur darauf, ob er aus der Verletzung des fremden Rechts jemals einen Gewinn gezogen hat. Ausserdem muss der herauszugebende Gewinn gerade durch die Rechtsverletzung, also durch die Benutzung des geschützten Immaterialgutes erzielt sein und damit einen Gewinn gerade aus den Handlungen darstellen, durch die das betreffende Recht verletzt worden ist (29). Das Problem der Rechtsnatur des Anspruchs auf Gewinnherausgabe hat demnach auch durch den BGH keine Lösung gefunden. Er hat die Auffassung des RG, dieser stelle eine besondere Form der Schadensberechnung dar, übernommen, allerdings auch Überlegungen für den Fall angestellt, dass es sich hierbei um einen Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag handle (30). Die Haltung des BGH stellt einen gewissen Endpunkt der Entwicklung dar, die sich im Laufe der Jahrzehnte immer weiter von der eigentlichen dogmatischen Grundlage des Gewinnanspruchs entfernte und in Wahr-

---

28) BGH GRUR 1962, 509

29) BGHZ 34, 320, 323; s. auch RGZ 156, 65, 67

30) BGH GRUR 1959, 383; 1962, 511

heit bei der Annahme einer Forderung sui generis anlangte, die beliebig, je nach dem gewünschten Ergebnis, mit schadens-, geschäftsführungs- und bereicherungsrechtlichen Elementen ausgefüllt werden kann (31).

2.) Verhältnis von Schadensersatz und Bereicherungsanspruch

a) Unterschiedliche Prinzipien beider Ausgleichsordnungen

Der Ableitung des Gewinnanspruchs aus dem Begriff des "Schadens" stehen vornehmlich dogmatische Bedenken entgegen. Denn Gewinnherausgabe hat mit Schadensersatz nichts zu tun, weil beide konträre Prinzipien darstellen, die völlig unabhängig voneinander gelten (32). Da Schadensersatz Verschulden voraussetzt, ist es gerechtfertigt, daß er einen Nachteil einfach überwälzt, während die Bereicherungshaftung gerade nicht zum "Griff in die eigene Tasche" verpflichtet (33), sondern nur den Wertzuwachs im Vermögen des Bereicherten ohne Rücksicht auf einen etwaigen Nachteil beim Entreicherten abschöpft. Bereits aus diesen unterschiedlichen Rechtsfolgen beider Ansprüche erhellt, daß hier eine Verknüpfung sinnvoll nicht vorgenommen werden kann. Zwar kann Bereicherungsherausgabe mit einer Regressforderung zusammentreffen; sie ist deshalb aber kein Unterfall der Haftung

---

31) bezeichnend Däubler Jus 69, 49, 53

32) Schulz S. 67; Jakobs S. 81 f.; Kellmann S. 72, 74; Franke S. 4; Mertens S. 14; 121 f.

auf Schadensersatz, sondern ein von Verschulden wie Vermögenseinbusse beim Gläubiger unabhängiger, allein auf den Zuwachs im Vermögen des Bereicherten gerichteter Anspruch (34).

Im Gegensatz zum Schadensausgleich stellt diese Haftung auf die Lage des Bereicherten ab, nicht auf die Lage des Geschädigten, also nicht auf eine Vermögensminderung (35). Der Bereicherungsausgleich vollzieht sich demnach durch Abschöpfung der Vermögensmehrung beim Bereicherten, während Schadensersatz eine Verlagerung des Schadens vom Geschädigten auf den Ersatzpflichtigen bewirkt. Ein Schaden durch Zerstörung oder Beschädigung wirtschaftlicher oder sonstiger Güter kann dagegen bereicherungsrechtlich nicht ausgeglichen werden. Beim Bereicherungsausgleich geht das Gesetz von der Bereicherung des Anspruchsgegners aus und nicht von einem Schaden des Verletzten. Dem entsprechen in subjektiver Hinsicht unterschiedliche Anspruchsvoraussetzungen. Die Verlagerung des gesamten Schadens auf den Schädiger beruht, anders als beim Bereicherungsaus-

---

34) Wilburg S. 98

35) BGHZ 17, 236; 20, 345 V

gleich, wo auf die blosse Güterzuordnung abgestellt wird, auf einer zusätzlichen Wertentscheidung über die schädigende Handlung (36). Da den Anspruchsgegner hier ein Schuldvorwurf trifft, ist es auch gerechtfertigt, ihn ohne Rücksicht auf seine Vermögenslage für die Wiederherstellung des status quo ante beim Geschädigten zu verpflichten.

Die Deliktshaftung wie das Bereicherungsrecht stellen ihrem Wesen nach Rechtsgüterschutz dar, der aber unterschiedlich stark ist, je nachdem verschuldet oder unverschuldet in ein fremdes Recht eingegriffen wird. Das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung beschäftigt sich mit der statischen Zuordnung von Gütern an Personen zum Zwecke der Innehabung; hier geht es also primär um die Zuweisung von Gütern. Im Deliktsrecht werden Güter nicht in erster Linie zum Zwecke des Habens, sondern zum Schutz gegen unerwünschte Verletzungen durch Aufstellung von Verhaltensnormen zugeordnet. Die Zuweisung ausschliesslicher Sach- und Rechtsinhaberschaft mit Wirkung gegen jeden Dritten führt im Kondiktionenrecht, wenn sich daraus im Verhältnis

---

36) Fikentscher S. 552

zu Dritten ungerechtfertigte Bereicherungen ergeben, zur Eingriffskondiktion, also zur Herausgabe der Bereicherung in den Fällen der Verwendung fremder Sachen und Rechte. Voraussetzung dafür ist lediglich das objektive Vorhandensein eines Eingriffs in diese Rechte unter Verstoss gegen den Zuweisungsgehalt. Auf einen subjektiven Schuldvorwurf beim Bereicherungsschuldner kommt es hierbei nicht an.

Aus diesem Grund war schon der gemeinrechtliche Begriff der Bereicherung lediglich darauf ausgerichtet, dem Begünstigten den Wert abzunehmen, um den der erlangte Vorteil sein Gesamtvermögen erhöht hatte (37). An diese Vorstellung knüpften die Begründer des BGB an (38) und haben darin in Wissenschaft und Praxis Zustimmung gefunden (39). Bei diesen Wertungsfragen besitzen Schadensersatz- und Bereicherungsrecht jedoch verwandte Funktionen insofern, als beide, wenn auch jeweils bei der anderen Partei, die Feststellung einer Vermögensdifferenz voraus-

---

37) Flessner S. 4 f.

38) Mot. II S. 387; Prot. II S. 1184

39) H.A. Fischer, Bereicherung und Schaden S. 11 f., 37; RGZ 54, 137, 141 f.; 118, 185, 187; BGHZ 1, 75, 81; Enneccerus - Lehmann § 227 III 2; Staudinger - Seuffert § 818 Anm. 28; Soergel/ Siebert § 818 Anm. 20

setzen (40). Im Ergebnis ist aber festzuhalten, dass das Schadensrecht im Unterschied zum Kondiktionsrecht den Ausgleich von Nachteilen ermöglichen soll, die zu tragen der Schädiger deshalb verpflichtet ist, weil ihn ein subjektiver Schuldvorwurf trifft. Demgegenüber dient das Bereicherungsrecht nur dem Ausgleich von Vorteilen (einschl. eines geschäftlichen Gewinns), die der Bereicherte durch unverschuldeten objektiv rechtswidrigen Verstoss gegen den Zuweisungsgehalt eines Rechts erlangt hat. Tertium non datur.

b) Kritik der Behandlung in Rechtsprechung und Lehre.

Die Einordnung des Gewinnanspruchs ins Schadenrecht wurde deshalb zu Recht als sachlich unrichtig, wegen ihrer Konsequenzen unhaltbar und in ihrer Entstehungsgeschichte als eine durch Zufälligkeiten und Missverständnisse geförderte dogmatische Kuriosität bezeichnet (41). Im wesentlichen beruht diese Rechtsprechung auf der von Kohler vertretenen Lehre, wonach unter die "obligationsrechtlich zu tilgenden Folgen" einer

---

40) vgl. Hagen, Funktionale Zusammenhänge S. 867 f.

41) so Jakobs S. 81 f., 88

Immaterialgüterverletzung neben der Pflicht zum Ersatz für die dem Berechtigten entstandene Vermögensminderung die Verpflichtung zur Herausgabe auch derjenigen Vorteile fällt, welche "in dem Bereich des absoluten Rechts liegen" und darum ein unberechtigtes Haben des Nichtberechtigten darstellen. Entschädigung schliesse stets Herausgabe der Bereicherung ein; Entschädigung heisst danach: Ersatz der Bereicherung und des darüber hinaus dem Gegner erwachsenen Schadens (42). Dem hält Wilburg (43) mit Recht entgegen, Kohler habe hiermit nur darauf hinweisen wollen, dass dem schuldigen Verletzer neben der Pflicht zum Schadenersatz auch eine solche zur Herausgabe der Bereicherung auferlegt sei.

Ebenso ergibt sich nach Ansicht des RG, die sich durch Kohler bestätigt sieht, die Gewinnherausgabe "aus dem auf Restitution gerichteten

---

42) Kohler, Handbuch S. 557, 568; Patentrecht S. 458; Autorrecht S. 309; Markenschutz S. 361; AcP 85, 455; ebenso v. Mayr S. 360; Rosenthal GRUR 1920, 34 f.

43) Wilburg S. 98

Anspruch" (44) bzw. später einem durch Analogie mit der Geschäftsführung ohne Auftrag herausgebildeten patentrechtlichen Begriff der Entschädigung, welcher auch leicht fahrlässige Verletzungen einschloss (45). Den Grund für die Zahlung einer Lizenzgebühr sah man in der rechtlichen Gleichstellung von redlichem und unredlichem Lizenznehmer. Der Meinung Kohler's hat sich namentlich Kisch (46) mit der Begründung angeschlossen, "dass hier der Begriff "Schaden" in einem anderen Sinne verwendet wird, nämlich nicht

---

44) so schon ROHG 22, 338; RGZ 35, 63, 72; 46, 14, 18, wonach der Gewinn unter den Begriff des Schadens fällt, dessen Ersatz nach § 35 PatG verlangt werden kann; RGZ 47, 100, 102; 50, 111, 115; 58, 320, 324: weite Auslegung des Begriffs der Entschädigung; 70, 249, 253; 84, 370, 377; 126, 127, 132

45) RGZ 70, 249, 252; 83, 93, 96; 220; 108, 1, 5 f.; 126, 127, 132; 130, 108, 110; 156, 65, 67; 156, 321, 326; vgl. auch BGHZ 34, 320, 321; 44, 374; BGH GRUR 1957, 336; 1959, 383; 1962, 509, 512; Zustimmung hat diese Rechtsprechung gefunden bei: Allfeld § 35 PatG Anm. 5; Isay § 35 PatG Anm. 14; Kent § 35 PatG 38; Seligsohn § 35 PatG Anm. 12; Reimer § 47 PatG Anm. 39 (mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung); Benkard § 47 PatG Anm. 53; Busse § 47 PatG Anm. 30; Lindenmaier § 47 PatG Anm. 38

46) Kisch, Handbuch S. 457/58

als Vermögenseinbusse des Verletzten, sondern als Vermögensmehrung des Täters durch Eingriff in fremde Rechte ... Dem Anspruch liegt also eine Vermögensverschiebung ähnlicher Art zugrunde wie im Fall der ungerechtfertigten Bereicherung, nur dass der Gewinn des Täters, dem keine Einbusse des Verletzten gegenübersteht, nicht "auf Kosten" desselben erzielt ist .... und dass endlich zur Begründung des Anspruchs nicht die blosse Tatsache der grundlosen Bereicherung als solcher genügt." Allerdings hat Kisch seine Auffassung eingedenk ihrer dogmatischen Unhaltbarkeit alsbald wieder aufgegeben (47).

Die Verbindung von Schadensersatz und Bereicherungsherausgabe ist im Schrifttum auch überwiegend auf Ablehnung gestossen (48). Ihr wird mit Recht entgegengehalten, dass eine derartige Ausweitung des Schadensbegriffs (Schaden als Differenz im Vermögen des Berechtigten - sei es in Bezug auf das Gesamtvermögen oder hinsichtlich eines bestimmten Rechtsgutes) sowohl der gesetzlichen Schadensumfangsregelung, insbesondere hinsichtlich der Festlegung des entgangenen

---

47) Kisch LZ 1927, 667

48) Schulz S. 66 f.; Kisch LZ 1927, 672; Orth S. 24 f.; Möhring GRUR 1931, 422; Pinzger GRUR 1936, 762; Sterner GRUR 1937, 339; Fuchs S. 68; Enneccerus-Lehmann §§ 168 I, 1, 221 II, 2

Gewinns, der nicht mit dem vom Eingreifer erzielten identisch sein muss, als auch dem wirtschaftlichen Zweck des Schadensersatzrechts (Wiederherstellung des früheren Zustandes im Vermögen des Verletzten, und zwar unabhängig von der Vermögenslage des Eingreifers) entgegensteht. Die Vermischung von schadensersatz-, bereicherungs- und geschäftsführungsrechtlichen Gesichtspunkten stellt lediglich Zirkelschlüsse dar, die zu Schadensfiktionen und damit zum Schadensersatz ohne Schaden führen (49).

So passen schon die vom RG als Beleg für seine Auffassung zitierten Quellenstellen nicht für die Darstellung des Begriffes Schaden und Schadensersatz, da sie ganz verschiedene Tatbestände wie ungerechtfertigte Bereicherung, Nutzungen aus fremdem Recht und unechte Geschäftsführung ohne Auftrag betreffen (50), die nichts mit Schadensersatz als solchem zu tun haben und keinen Beweis dafür enthalten, dass es einen Schadensersatzanspruch auch ohne Einbusse des Berechtigten gibt (51). Ebensowenig kann das Sich-Aneignen des Gewinns als schadenstiftendes Ereignis angesehen werden. Denn falls

---

49) Kisch LZ 1927, 667; Fuchs S. 67, 68; Franke S. 8 f.; Kassner S. 29 f.; Isay § 35 PatG Anm. 14 und GRUR 1904, 25, 27 r.Sp.; Rötelmann NJW 54, 1222

50) z.B. Alex.C.3.32.3.1 oder Ulp.D.6.1.17 oder Paul.D.5.3.22

51) Kisch LZ 1927, 669; Orth S. 13 f.; Däubler Jus 69, 49

dem Verletzten die Herausgabe des Gewinns von Anfang an obliegt, stellt seine Weigerung eine Verletzung dieser Verpflichtung dar, nicht aber ist erst auf Grund dieser Weigerung eine Herausgabepflicht als schadenstiftendes Ereignis zu begründen. Wenn dagegen keine Herausgabepflicht bestand, ist das Behalten-Wollen auch nicht pflichtwidrig und kann demnach nicht als schadenstiftende Handlung angesehen werden, aus der unter Umständen Herausgabeansprüche erwachsen könnten.

Genauso bestehen gegen die rechtsähnliche Anwendung der Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag zur Ausdehnung des Schadenbegriffs bzw. als selbständige Anspruchsgrundlage erhebliche Bedenken, da hierdurch das Anspruchssystem noch weiter verwischt und diese Handhabung dem klaren Wortlaut des § 687 Abs. 2 BGB (danach begründet nur die wissentliche Führung fremder Geschäfte einen Gewinnanspruch) entgegensteht. Konsequenterweise müsste ein solcher Anspruch dann auch bei Führung jeder Art fremder Geschäfte zugelassen und dürfte nicht auf die aus dem Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes beschränkt sein, was jedoch allgemein

abgelehnt wird. In der der Rechtsprechung folgenden Kommentarliteratur wird daher auch zugegeben, dass bestenfalls die erste und zweite, nicht aber die dritte Berechnungsart als Schadensliquidation bestehen könne (52). Deshalb behandelt man diesen Anspruch in dogmatisch zweifelhafter Weise als Forderung, die "nicht auf Schadensersatz sondern als Wiedergutmachung des dem Verletzten zugefügten Unrechts auf Entschädigung im Sinne einer Verpflichtung zu einer vermögenswerten Leistung wegen schuldhaft widerrechtlicher Benutzung, welche aber unter dem Titel des Schadenersatzes läuft, gehe" (53). Für diese Betrachtungsweise sprächen Billigkeit und "gesundes Rechtsempfinden" sowie letztlich ebenfalls deren gewohnheitsrechtliche Geltung (54).

---

52) so Reimer § 47 PatG Anm. 31, 39; Lindenmaier ZAkDR 1936, 163; GRUR 1942, 485, 511; Pinzger GRUR 1931, 667, 672 zur analogen Anwendung von § 687 II BGB

53) s. Reimer § 47 PatG Anm. 16, 31, 39; Lindenmaier § 47 PatG Anm. 38; Larenz I § 29 III b

54) Isay § 35 PatG Anm. 4, 14, 16; Reimer § 47 PatG Anm. 39; Klauer § 47 PatG Anm. 40; Busse § 47 PatG Anm. 26; Benkard § 47 PatG Anm. 53;

Ein massgeblicher Grund für diese Entwicklung ist darin zu sehen, dass man den Gewinnanspruch, um den es im Ausgangsfall der Entscheidung vom 8.6.1895 ging, deshalb nicht - wie richtig - dem Bereicherungsrecht zuordnen konnte, weil es einen dogmatisch abgesicherten Begriff der hier in Frage kommenden Eingriffskondiktion damals noch nicht gab. Zum anderen sprachen die in dieser Zeit beteiligten Interessen, d.h. die wirtschaftlichen Gegebenheiten in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, zu Ungunsten einer Anspruchsgrundlage, die scheinbar planlos auf die Aushöhlung des gerade Erreichten angelegt zu sein schien. In beiden vorgenannten Bereichen hat sich in der Zwischenzeit jedoch eine Wandlung eingestellt, die es gerechtfertigt erscheinen lässt, die Frage nach der Berechtigung der geschilderten Kasuistik, die bis heute an ihrer Ausgangssituation festgehalten hat, erneut zu stellen. Im Folgenden wird daher zunächst auf die historischen Grundlagen des gewerblichen Rechtsschutzes eingegangen.

II.

Historischer Hintergrund der gewerblichen Schadenshaftung

1.) Die Entwicklung bis 1877

a) Gesetzgeberische Motive

Den Ausgangspunkt für die vorstehend skizzierte Entwicklung bildeten wirtschaftliche Überlegungen. In den Motiven zum PatG 1877, das in § 34 als zum Schadenersatz verpflichtende Handlung nur die wissentliche, nicht aber die schuldhaft oder bona fide erfolgte Patentverletzung normierte, wurde ausgeführt:
"Wenn der Entwurf die Strafbarkeit einer Patentverletzung ebenso wie die Entschädigungspflicht ausdrücklich davon abhängig gemacht hat, dass die Verletzung wissentlich geschehen ist, so geht die Absicht dahin, den gewerblichen Verkehr vor den Belästigungen und vor der Unsicherheit zu schützen, welchen derselbe ausgesetzt sein würde, wenn die Bevölkerung und namentlich das Handel- und Gewerbe treibende Publikum über den Inhalt und die Tragweite der bestehenden Patente, um der Gefahr gerichtlicher Bestrafung und einer

unter Umständen sehr weitreichenden civilrechtlichen Haftung enthoben zu sein, jederzeit sich in Kenntnis zu erhalten hätte" (55).

Die gleiche Argumentation findet sich im Bericht der Reichstagskommission, wo es heisst: "Die Ausdehnung der Entschädigungspflicht über die Fälle der wissentlichen Verletzung des Patentrechts hinaus könne zu grosser Belästigung des Publikums und vielfachen Schikanen führen, da auch ein völlig gutgläubiger Benutzer des Patents Entschädigungsklagen besorgen müsse und vor solchen nur sicher sein könne, wenn er die Tausende von Patentbekanntmachungen genau durchstudiere. Auch die Beschränkung der Klage auf die Bereicherung beseitige diese Bedenken um so weniger, als die Bereicherung in der Regel schwer festzustellen sei und die Ermittlung oft zu grossen Weitläufigkeiten führe. Auf der anderen Seite habe es der Patentinhaber in der Hand, den Beweis der Wissentlichkeit der Verletzung dadurch zu erleichtern, dass er den betreffenden Gegenstand als patentiert bezeichne" (56).

Nach diesen Darlegungen, die als "tendenziöse"

---

55) Kohler, Patentrecht S. 452

56) Kisch, Festgabe S. 114; Fuchs S. 69

(nämlich von der Absicht getragen, jede Haftung des Gutgläubigen wie schuldhaften Verletzers auszuschliessen) und "in keiner Weise stichhaltig" angesehen wurden, stand im Vordergrund der Schutz des Verletzers bzw. der eine Erfindung ausnutzenden Industrie vor überhöhten Ansprüchen des Berechtigten in Form der Bereicherungshaftung, mit welcher letzterer praktisch den gesamten Gewinn herausfordern konnte (57). In der Frage nach dem Schutzumfang von Immaterialgüterrechten, deren Grenzen sowieso nur schwer erkenntlich seien (58), lag daher das eigentliche Problem der Kontroverse über das einzusetzende Ausgleichsinstrumentarium. Der Aufbau der Industrie im 19. Jahrhundert bedeutete aber allgemein volkswirtschaftlich Bevorzugung von Investitionen und Benachteiligung des Entgelts für physische oder geistige Arbeit. Bei Abwägung der Interessen des Erfinders an den Früchten seiner Arbeit und derjenigen des Unternehmens an einer ungestörten Tätigkeit hat das Gesetz sich auf den Standpunkt der Industrie gestellt und ersteren abgewiesen, weil sonst die gutgläubige Industrie in ihrer Bewegungsfreiheit zu sehr eingeengt und damit in der Entwicklung gehemmt

---

57) von Caemmerer S. 356, 377

58) Kohler ArchBürgR 35, 1+3; Handbuch S. 558

werde (59).

Denn einmal bestehe die Gefahr, dass mit der Bereicherungsklage Missbrauch getrieben werde, als der Berechtigte ruhig zusehen könne wie ein anderer aus seiner Erfindung Gewinn ziehe, den er später herausverlange ohne das Kapitalrisiko dafür getragen zu haben (60). Zum anderen sei es höchst unbillig, wenn auch der schuldlos Handelnde zur Herausgabe des Geschäftserwerbs verpflichtet wäre, da dieser nicht auf dem Eingriff allein, sondern immer auf dem Zusammenwirken verschiedener anderer Umstände beruhe (61). Ein solcher Anspruch müsse so mit Nachteilen erkauft werden, die dem Zweck der Sondergesetze, einen volkswirtschaftlich vernünftigen Ausgleich zwischen Individual-Erfinderinteressen und dem kollektiven Wirtschaftsfortschritt zu schaffen, entgegenliefen (62). Die praktische Vernunft (63)

---

59) Kisch a.a.O.

60) Bolze AcP 92, 342; Isay Anm. 5 vor § 35 PatG weist auch auf die Möglichkeit von Geschäftsspionage hin

61) Kisch, Handbuch S. 457; Isay GRUR 1904, 25, 30

62) Bertrams S. 69, 70

63) Isay a.a.O.

spreche daher gegen eine Anwendung des Bereicherungsanspruchs bei Verletzung gewerblicher Immaterialgüterrechte.

b) Entstehung des Patentschutzes

aa) Freihandelslehre und Patentschutz

Diese dem Denken der Freihandelslehre des vorigen Jahrhunderts entstammende Auffassung in Anlehnung an die Lehre A. Smith's und der Physiokraten sah ihr Hauptziel in der Privilegierung des privaten Unternehmers, dem anstelle des Staates die aktive Führung der Wirtschaft überlassen war. Dabei wurden staatliche Machtmittel wie z.B. gesetzgeberische Massnahmen überwiegend zu dem Zweck eingesetzt, den Aufbau der Industrie, insbesondere durch Begünstigung von Investitionen zu Lasten des privaten Konsums, zu fördern (64). Patente bzw. sämtliche Erfindungs- und Gewerbeprivilegien betrachtete man als Überreste des veralteten Zunft- und Privilegienwesens und als

---

64) Wesel S. 357; Böhme S. 40,63; Schumpeter Bd.1 S. 493,504; Sombart S. 374,375

monopolistische Beschränkung produktiver Tätigkeit im Sinne des Laissez - faire, also des ökonomischen Liberalismus der damaligen Zeit.

Statt dessen unterstützten die Regierungen, so wenig bürgerlich sie nach Ursprung und Zusammensetzung auch waren, die neue Klasse der Geschäftsleute und taten alles, um diese zu schützen. Dies entsprach dem Zeitgeist, wonach es die wirtschaftliche Entwicklung und das Wohl der Allgemeinheit am besten förderte, wenn man die Wirtschaft des privaten Unternehmertums von allen Behinderungen befreit und ausschliesslich sich selbst überlässt. Wie die Ausgestaltung der in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts entstandenen gewerblichen Schutzrechte zeigt, war dies nur möglich, indem man jedes zusätzliche wirtschaftliche Risiko in Gestalt einer Haftung des Unternehmers mit den von ihm produzierten Waren bzw. einem erzielten Gewinn von diesem fernhielt. Denn das hätte nach damaliger Auffassung eine Unsicherheit in die industrielle Entwicklung getragen und u.U. den Aufbau der Wirtschaft schlechthin gefährdet.

Durch diese volkswirtschaftlich einseitige Entscheidung zugunsten des Kapitals wurden

jedoch andere Leistungen wie geistige Arbeit weniger hoch oder überhaupt nicht bewertet und damit im Sinne der Trennung von Kapital und Arbeit allein auf deren Verwandlung in Ware und ihre private Aneignung abgestellt. Arbeit generell, also auch diejenige des Erfinders und Urhebers, ist dann entsprechend niedrig bezahlt worden. Der Erfinder, der seine Ideen nicht selbst in die Wirklichkeit umsetzte und am Produktionsprozess teilnahm, stand auf der Stufe einer mehr oder weniger unbedeutenden Dienstklasse (65).

Die darin zum Ausdruck kommende Zurücksetzung wissenschaftlicher und technischer Leistung hinter andere Produktionsmittel hat man aber schon früh als unangemessen und nicht den tatsächlichen Verhältnissen entsprechend empfunden. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass Immaterialgüter in Form wissenschaftlicher Schöpfungen einen hochwertigen Produktionsfaktor darstellten (66), welcher auch bei Verteilung eines dadurch geschaffenen Gewinns

---

65) Dahrendorf S. 98

66) Bernal, Wissenschaft Bd. II S. 509,518

nicht unberücksichtigt bleiben darf. Insoweit kann hier auch nicht von einem Missbrauch der Bereicherungsklage als Instrument unangenehmer Ausgleichsforderungen gesprochen werden.

Interessant ist in diesem Zusammenhang wieder die Stellungnahme Kohler's. De lege lata hat auch er sich an das Verschuldensprinzip gehalten, ohne es deshalb kritiklos hinzunehmen. Schon in seinem 'Patentrecht' von 1878 beklagt er, dass die von der Gerechtigkeit dringend gebotene Haftung des Gutgläubigen zu Unrecht verworfen wurde. Im direkten Gegensatz zur vorherrschenden Ansicht weist Kohler darauf hin, dass der umfassende Schutz des Erfinders gerade ein "Postulat des wirtschaftlichen Fortschritts" darstellt und daher möglichst weit und liberal auszuüben und nicht als missliebiges Monopol ängstlich zu beengen sei (67). Andernfalls bliebe der Erfindungsgedanke, die Schutzwürdigkeit der individuellen geistigen Leistung im Hintergrund, als ob dieser Schutz eine Sache des puren Interesses, nicht eine Sache des Rechts wäre. Als Grund für die eigentümliche Haftungsbeschränkung

---

67) Kohler, Handbuch S. 557, 558; Patentrecht S. 29, 30, 450

führt Kohler die unbewusst dahinter wirksame, unrichtige Idee an, im gewerblichen Urheberrecht gebe es nur ein Unrecht, ein Zuwiderhandeln gegen die gesetzliche Strafdrohung. Diese sei historisch früher erkannt als die unbefangene Rechtsverletzung und so eher zu einer positivrechtlichen Regelung gelangt, während die Vorstellung, dass dem auch ein positives Recht gegenüber steht ("wo Unrecht ist, muss auch Recht sein"), welches seinem Inhaber Rechtsgüter zuteilt, d.h. deren Genuss gewährleistet und die Verfügung darüber ermöglicht, sich hier nicht durchsetzen konnte (68).

bb) Gedanke des monopolistischen Missbrauchs

Es lohnt sich, in diesem Zusammenhang einmal den Ursprüngen des in der Diskussion über die Haftung bei Eingriffen in gewerbliche Schutzrechte immer wieder auftauchenden Monopolgedankens, der ein Produkt der Neuzeit ist, nachzugehen. Der Antike war ein Schutz geistiger

---

68) Kohler, Patentrecht S. 452, 455 f.

Leistung fremd. Sie entfaltete dort noch keinen besonderen wirtschaftlichen Wert, als sie nicht zur Ausbildung von Industrien führte und das Gewerbewesen hauptsächlich auf Handwerksbetrieben aufbaute. Auch im mittelalterlichen Wirtschaftsleben, das durch die Einordnung des einzelnen Gewerbetreibenden in die strenge genossenschaftliche Ordnung der Zünfte und Gilden gekennzeichnet ist, gab es keine Gewerbefreiheit und keine Konkurrenz. Diese statische Gesellschaftsordnung war für die Entfaltung von Erfindergeist, die Entwicklung der Technik und damit den Erfinderschutz nicht günstig. Erst die private Initiative und der aufkommende Individualismus in der Wende vom Mittelalter zur Neuzeit sprengte die Fesseln dieses Systems (68a).

Dabei standen sich von Anfang an zwei verwandte Institutionen, nämlich der Erfindungsschutz als solcher und das gewerbepolitische Erfindungsprivileg für neue Industrien gegenüber, die zunächst beide die Sicherung des persönlichen Urheberrechts im weitesten Sinne bezweckten. Unter dem sich anbahnenden Merkantilsystem und als Folge wiederholter Staatsbankrotte

---

68a) vgl. zum Folgenden Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 7 ff., Silberstein S. 181 ff.

und überzogener Finanz- und Steuerpolitik der Fürsten geriet das Privilegienwesen jedoch bald zu einem bloss willkürlichen gewerbepolitischen Hilfsmittel, hinter dem das eigentliche Urheberprinzip an Bedeutung verlor. Die merkantilistische Handelspolitik suchte jetzt im Gegensatz zur Wirtschaftsauffassung der Zünfte das Wirtschaftsleben durch Gewährung gewerblicher Monopolprivilegien zu fördern, welche bis dahin durch die Widerstände des feudalen und zünftlerischen Milieus und nicht zuletzt der mittelalterlichen Wirtschaftsethik verhindert wurden. Triebfedern hierfür waren einmal das Geldbedürfnis absolutistischer Herrscher und zum anderen die Interessen einer hier erstmals auftauchenden Schicht der privaten Unternehmer, die sich von den bisher streng kooperativ organisierten Verbänden absonderten und auf dem Schutz ihrer individuellen Unternehmung bestanden.

In diesem Bestreben kommt ihnen der Merkantilismus entgegen, während der einzelne Handwerker wie auch der Erfinder nicht mehr im Mittelpunkt des Interesses stehen. Das Gewerbemonopol wurde so zur begehrtesten Form des Erfindungsschutzes.

Allerdings zeigten sich auch zunehmend negative Auswüchse, als sich dadurch nicht nur die übrigen Gewerbetreibenden in ihrer gewerblichen Betätigung beschränkt fühlten, sondern es durch Umwandlung in ein Instrument zur indirekten Besteuerung langsam in Misskredit gebracht wurde und zur Krise des Absolutismus beitrug. Die Versuche, das Monopolsystem zu einem fiskalischen Behelf zu machen, die Unterdrückung des freien Handwerks zum Vorteil der privilegierten Staatsmanufakturen, die weiteren Übel des Monopols wie Verteuerung und Verschlechterung der Waren, führte zu einem verbreiteten Kampf gegen den Absolutismus, insbesondere auf dem Gebiet des monopolistischen Fiskalismus. Hinzu kamen eine fast vollständige Prinzipienlosigkeit des Privilegiensystems, ein wirtschaftspolitischer Opportunismus in der Gewährung von Monopolen und nicht zuletzt eine verbreitete Rechtsunsicherheit. Ein Produkt dieses Kampfes ist das englische Antimonopolstatut von 1624, das zum Vorläufer der europäischen Patentgesetzgebung wurde.

Im Gefolge der französischen Revolution trat neben der Monopoltheorie wieder die Theorie vom geistigen Eigentum mehr in den Vordergrund. Es entstand sogar die Überzeugung von einem natür-

lichen Eigentum an den durch menschlichen Geist geschaffenen Erzeugnissen, wonach der geistig Schaffende ein selbstverständliches Anrecht auf das Produkt seiner Arbeit habe, das nicht erst durch fürstlichen Akt gewährt werden müsse, sondern wie Sacheigentum ohne weiteres anzuerkennen sei. In Preussen und anderen deutschen Staaten, wo das französische Merkantilsystem mit seinen Gewerbeprivilegien ebenfalls Aufnahme gefunden hatte, war aber, ähnlich wie in England und in Anlehnung an die dortigen antimonopolistischen Lehren eine Abneigung gegen alle Arten von Monopolen vorhanden, die man schlechthin als Beschränkung der Freiheit betrachtete. Dabei wurde, eben weil niemand einen Unterschied zwischen Gewerbe- und Erfindungsprivilegien machte, eine Gesetzgebung wie in anderen Ländern systematisch verhindert. Besonderen Auftrieb brachte dieser Antipatentbewegung die Freihandelsdoktrin in den fünfziger Jahren des 19. Jahrhunderts, die alle wirtschaftspolitischen Instrumente des Merkantilismus schlechthin ablehnte, insbesondere auch den Erfingungsschutz, den man mit den einstigen Fabrikprivilegien verwechselte.

Eine Gegenbewegung erwuchs erst aus den nach 1848 aufkommenden Bedürfnissen der Maschinenindustrie sowie der protektionistischen Welle in den Jahren der Welthandelskrise von 1873. Die vorbehaltlose Hinwendung zum Erfinderschutz wurde aber auch damit nicht vollzogen. Wie sich das politische System der deutschen Staaten vom gemässigten Absolutismus zum von oben befohlenen Konstitutionalismus wandelte, so auch die wirtschaftspolitische Doktrin vom Merkantilismus zu einem obrigkeitlich gelenkten Liberalismus (69). Gerade die sog. Patentkontroverse zeigt, dass im Vordergrund des Widerstandes gegen einen Patentschutz ausschliesslich wirtschaftspolitische und opportunistische Argumente standen, gegen die ein vom Staat zu schützendes natürliche Recht des Erfinders auf seine Erfindung nicht durchzusetzen war. Dieser Geisteshaltung entsprangen dann das erste Patentgesetz von 1877 und die weiteren gewerblichen Schutzgesetze, welche im Sinne der herrschenden Wirtschaftsdoktrin eine Beteiligung des Erfinders an den mit seiner Hilfe geschaffenen Produkten nur im Rahmen einer starren Schadens- und Verschuldensregelung zuliessen und damit in Wirklichkeit verhinderten.

---

69) Silberstein S. 301; Böhme S.22

2.) Erfindung und industrielle Forschung

a) Einzelerfinder und Erfindungsunternehmen

Die Auseinandersetzungen über Notwendigkeit und Zweckmässigkeit eines besonderen gesetzlichen Schutzes für technische Erfindungen sowie über die Ausgestaltung eines derartigen Schutzes sind Ausfluss des Frühkapitalismus, der, ebenso wie der Gedanke des Ausschlussrechts, den Boden für seine Entstehung in der wirtschaftlichen und geistigen Atmosphäre des puritanischen England fand. Dort fehlten im Gegensatz zum Kontinent die Hemmnisse gegen eine rational fundierte Naturwissenschaft, welche erst die Grundlage einer kapitalistisch ausgenutzten Technik bildet. Weiter schuf der Puritanismus ein stark ausgeprägtes Individualgefühl und befreite das Streben nach Gelderwerb in Form organisierter Arbeit von den Fesseln der traditionalistischen Ethik. Diesem Streben nach Gelderwerb entspringen aber auch die Angriffe gegen den Patentschutz, die während des 19. Jahrhunderts von der Freihandelslehre vorgebracht wurden. So wurde noch im Jahre 1869 warnend vermerkt:

"Die deutsche Industrie verdankt ihren heutigen blühenden Zustand gewiss auch dem Umstand, dass in Deutschland nur wenige Patente erteilt worden sind und die Einführung patentierter Artikel vom Auslande nicht gehemmt war ... Man ist blind, wenn man in der Industrie die Nachahmung gering schätzen und wohl gar für Plagiat und schimpflich erklären will. Man denke sich unseren

Häuserbau ohne Nachahmung. Der grösste Hebel vieler Industrien ist die Mode, deren Wesen die Nachahmung ist. Die strenge Durchführung des Erfindungsschutzes wäre ein Todesstoss für zahlreiche deutsche Erwerbszweige." (70).

Die weitere Entwicklung hat den Anhängern der Freihandelsdoktrin jedoch nicht Recht gegeben. Nach Erlass des 1. Deutschen Patentgesetzes in 1877, welches seine Entstehung nicht zuletzt den auf der Weltausstellung in Philadelphia (1876) gemachten schlechten Erfahrungen (Urteil über die deutsche Industrie: "billig und schlecht") verdankt, und dem schon am 1. 10. 1891 (71) das 2. Deutsche Patentgesetz folgte, erlangte die einheimische Industrie einen Entwicklungsstand wie er früher nicht erlebt worden war (72). Der Patentschutz hatte notwendig auch eine deutliche Qualitätsverbesserung der einheimischen Produkte zur Folge. Denn durch den monopolähnlichen Schutz wird erst die Möglichkeit geschaffen, risikoreiche Forschungs- und Entwicklungsprojekte in Angriff zu nehmen. Weiter verringert sich dadurch das Verwertungsrisiko, so dass Folgeinvestitionen vorgenommen werden können, die zur vollen Entwicklung und technischen Reife einer Erfindung erforderlich sind. Ausserdem können nur durch einen derartigen Schutz die Entwicklungskosten erwirtschaftet werden, was sich wiederum positiv auf die Güte der betreffenden Erfindung auswirkte (72a).

---

70) Böhmert S. 23

71) RGBl 1891, S. 79

72) Lieberknecht S. 159

72a) Grefermann S. 14, 16

Darüber hinaus wirkte sich der Patentschutz auch belebend auf die industrielle Produktion und Arbeitsleistung aus. So betrug die Jahreserzeugung der Maschinenindustrie im Jahre 1895 noch 1 Milliarde Mark, in 1908 schon 2 Milliarden Mark und 1913 3 Milliarden Mark. Entsprechend stieg die Maschinenausfuhr von 183 Millionen Mark im Jahre 1900 auf 678 Millionen in 1913, was eine Steigerung von 370 % bedeutet, während die Gesamtausfuhr in dieser Zeit nur um 212 % zunahm. Die gleiche Entwicklung lässt sich an dem wachsenden Umfang der Arbeitsplätze ablesen; so ergab die Zahl der männlichen Berufstätigen im Jahre 1882 6,3 Millionen und stieg bis zum Jahre 1907 auf 9,6 Millionen (73).

Förderlich war dem industriellen Aufschwung in diesem Zusammenhang noch ein anderer Umstand: die anfänglich mangelhaft ausgebaute wissenschaftliche Basis, z. B. in der Maschinen- und Stahlindustrie, erhöhte die Risiken der Übernahme eines Patents beträchtlich. So mussten die Neuerungen in der Stahlindustrie bis weit in die 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts hinein hauptsächlich auf empirisch experimenteller Basis gewonnen werden. Erst danach lieferte die Chemie das erforderliche Wissen, um den Ablauf bestimmter Prozesse zu verstehen. Auf eine wissenschaftlich solide Grundlage stellten die technischen Disziplinen erst die um ihre Anerkennung als wissen-

---

73) Isay, Die Funktion der Patente im Wirtschaftskampf S. 11

schaftliche Institution kämpfenden technischen Hochschulen Deutschlands. Denn der Industrie standen nun wissenschaftlich ausgebildete Techniker zur Verfügung, die theoretisch ableiteten, was vorher erst durch kostspielige Experimente zu erforschen war (74). Entsprechend stieg in der Zeit vor dem 1. Weltkrieg die Zahl der zum Patentschutz angemeldeten Erfindungen. Während diese 1878, dem 1. Volljahr des Bestehens des Patentamtes, kaum 6000 betrug, belief sie sich 10 Jahre später auf nahezu 10000. Im Jahre 1898 gab es bereits über 20000 Anmeldungen, die sich bis 1908 auf 40132 und 1909 auf fast 45000 steigerten (75).

Beruhte die Erfindertätigkeit in der Zeit vor dem 1. Weltkrieg noch weitgehend auf der Person des einzelnen Erfinders, so änderte sich dies mit der Bildung industrieller Grossunternehmen, deren Entstehung hauptsächlich in die Zeit des wirtschaftlichen Wiederaufbaus nach dem Kriege fiel. Ohne die damals üblichen trustartigen Zu-

---

74) Kaufer S. 105, 106

75) Damme S. 6

sammenschlüsse vieler kleinerer Unternehmen wäre die straffe Rationalisierung der Produktion und die Anhäufung von Kapital, die erforderlich waren, um mit der ausländischen Konkurrenz wieder Schritt halten zu können, sicher nicht möglich gewesen. Neben der Verlagerung der Erfindertätigkeit auf ein Team angestellter Techniker und Ingenieure, also deren Übergang vom Einzelerfinder auf das Erfindungsunternehmen, kennzeichnet diese Entwicklung ein weiterer Aspekt, der im Laufe der Jahrzehnte von ausschlaggebender Bedeutung geworden ist.

Die Erfindung neuer Produkte wird heute nicht mehr dem Zufall überlassen. Sie beruht auf theoretisch fundierten, genau abgesteckten wissenschaftlichen Versuchen und ist damit Teil der auf freiem Wettbewerb aufbauenden Marktstrategien grosser Unternehmen (76). Für die Schaffung "neuer" Produkte reicht auch die angewandte Forschung nicht mehr aus, vielmehr muss hier Grundlagenforschung betrieben werden. Die moderne Wissenschaft und Technik verlangen demnach einen derart grossen Kapitaleinsatz, der für Klein- und Mittel-

---

76) Unterburg S. 52

unternehmer, falls sie nicht gerade in Forschungsgemeinschaften organisiert sind, unerschwinglich ist (77). So verwandte die AEG auf Versuche mit der Nernst-Lampe beispielweise 1 Million Reichsmark. Die Ausbildung des Bergius-Verfahrens kostete 12 Millionen Reichsmark. Die Forschungs- und Entwicklungsausgaben von Siemens betrugen in der Zeit von 1958 bis 1968 über 3 Milliarden DM. Die Entwicklung einer elektronischen Bremse durch Daimler-Benz und Teldix-Elektronik kostete 15 Millionen DM.

In der chemischen Industrie sind Erfindungen oft aus der vagen Vorstellung hervorgegangen, dass eine bestimmte Verbindung auch ganz bestimmte chemische Eigenschaften haben könnte. Die Nachprüfung eines solchen Einfalls ist meist nur durch langwierige Experimente und auch nur in einem Grosslaboratorium möglich, ohne dass das Ergebnis vorausschaubar wäre. In der pharmazeutischen Industrie der Bundesrepublik werden insgesamt etwa 5000 Naturwissenschaftler und Mediziner beschäftigt. Die Neueinrichtung eines Arbeitsplatzes für einen akademischen Forscher kostet ca. 400.000.-- DM, die Betriebskosten betragen zwischen 150.000 und 200.000

---

77) Kraft S. 41; Bernhardt S. 30; Reuter, Der Volkswirt 1968 Nr. 50 S. 44

jährlich. Im Durchschnitt wendet die forschende pharmazeutische Industrie im Jahre 10% ihres Umsatzes für Forschung und Entwicklung auf. Die Folge des hier wie in anderen Sparten auftretenden Kostendrucks sind umfangreiche technische Kooperationen. So haben AEG-Telefunken und Siemens ihr Kraftwerk- und Transformatorengeschäft in zwei gesonderten Tochterunternehmen vereinigt, um so die rasche technologische Entwicklung, die für jedes Einzelunternehmen nicht mehr tragbare Ausmasse angenommen hatte, aufzufangen. Weiter spielen die Weltmarktverhältnisse, die in immer kürzeren Zeitabständen neue Produkte und bessere Verfahren fordern, für diese Entwicklung eine bedeutende Rolle (78).

Eine Forschungstätigkeit in diesen Ausmassen wäre ohne Patentschutz wirtschaftlich völlig untragbar (79), obwohl die Gewährung eines Ausschliesslichkeitsrechts an sich dem Grundgedanken

---

78) P.v.Siemens GRUR Int. 1970, 77 f.

79) Kohler, Lehrbuch S. 9 f.; Seligsohn, Patentgesetz, 5. Aufl. 1912, S. 24; Heine GRUR 1948, 170; Connor GRUR 1963, 161

unserer Wirtschaft als - theoretisch - offener Wettbewerb zuwiderläuft. Dabei ist jedoch zu bedenken, dass der Wettbewerb als wirtschaftliches Steuerungselement auch die Funktion einer leistungsgerechten Einkommensverteilung derart hat, dass hierdurch die gerechte Entlohnung für die individuelle Leistung des Erfinders nicht in Frage gestellt wird (79a). Auf die in diesem Zusammenhang neuerdings vorgebrachten Angriffe, insbesondere aus dem neoliberalen Lager (80), gegen den Patentschutz schlechthin soll hier nicht näher eingegangen werden. Allein die Tatsache, dass die Kosten für Forschung und Entwicklung insgesamt wie für jedes einzelne Unternehmen und jedes Forschungsprojekt ständig steigen, ist Grund genug für die Zuerkennung gesetzlichen Schutzes in Form eines absoluten Rechts. Denn nur eine reale Chance, die Forschungsaufwendungen erstattet zu erhalten, einschliesslich der Möglichkeit, noch Mittel für zukünftige Projekte zu sammeln und einen Gewinn zu erzielen, ist die treibende Kraft für Innovationen und damit für die Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit einer hierauf aufbauenden Industrie (81).

b) Ausweitung des Verschuldensprinzieps

Die erhöhte Schutzbedürftigkeit der gewerblichen

79a) Kraft S. 32

80) Röpke S. 369; Eucken S. 269; vgl. auch Nawroth S. 9

81) Bernhardt S. 10

Immaterialgüterrechte als Folge des mit ihnen verbundenen enormen Kapitaleinsatzes lässt sich an der Entwicklung, die der Schadensersatzanspruch bei unerlaubten Eingriffen in diese Rechte, also die dreifache Schadensberechnung und dort insbesondere der Gewinnanspruch, in Rechtsprechung und Gesetzgebung genommen hat, ablesen. Hatte sich die Entscheidung des RG vom 8.6.1895 (RGZ 35, 63) hauptsächlich mit der Frage des Schadens auseinandergesetzt, so bestand in der Folgezeit das Problem darin, den 'Geschädigten' nicht wieder über eine allzu enge Verschuldensgrenze stolpern zu lassen. Bei diesem Bestreben hat sich in den letzten Jahrzehnten eine Rechtsentwicklung abgezeichnet, die durch Aushöhlung des gesetzlichen Verschuldenserfordernisses den Schadensersatzanspruch bereits bei Vorliegen eines nur objektiv widerrechtlichen Eingriffs bejaht (82). Das Richterrecht zum gewerblichen Rechtsschutz weist eine stark expansive Tendenz in dem Sinne auf, als es immer neue Verbietungsrechte schafft, den Schutzumfang vieler Verbietungsrechte immer weiter ausdehnt und die Verteidigungsmöglich-

---

82) Lindenmaier § 47 PatG Anm. 32; BGH GRUR 1961 26; 1968, 33

keiten des Verletzers immer stärker beschneidet. Dies führt zu einer Betonung wettbewerbsrechtlicher Vorzugsstellungen, die bereits wieder als grossindustriell-monopolistischer Missbrauch des Patents und spätkapitalistische Überspitzung des gewerblichen Rechtsschutzes angesehen werden (83). Der dargestellte Sachverhalt ist letztlich nur eine Konsequenz der veränderten wirtschaftlichen Gegebenheiten. Für eine im Aufbau befindliche Industrie des 19. Jahrhunderts war der Schutz vor jedweder Entziehung des hierfür dringend benötigten Kapitals und damit vor unübersehbaren Regressforderungen des einzelnen Erfinders vorrangiges Anliegen. Entsprechend wurden auch die ersten Gesetze zum gewerblichen Rechtsschutz ausgestaltet. Nicht die Bedürfnisse und Rechte des Einzelnen, sondern die der Industrie und damit auch die Unterbewertung der geistigen Leistung des Erfinders zugunsten einer Überbewertung des Kapitals standen damals im Vordergrund. Die Rechts- und Wirtschaftsordnung des ausgehenden vorigen Jahrhunderts stellte demnach den Schutz des Eingreifers vor den Gedanken

---

83) Spengler GRUR 1958, 212

einer Wiedergutmachung des zugefügten Unrechts. Ein Reflex dieser Haltung war die Nichtgewährung von Bereicherungsansprüchen bei Verletzung gewerblicher Schutzrechte.

Die Ausgangssituation für diese Rechtsprechung und damit eine Voraussetzung für die Ablehnung des Bereicherungsanspruchs hat sich inzwischen völlig gewandelt. Die Aufbauphase der industriellen Entwicklung ist längst abgeschlossen, so dass auch die hierauf bedachten restriktiven gesetzlichen Vorschriften und die damit bezweckte Unterbewertung der Erfindertätigkeit überholt sind. Zum anderen ist es heute die Industrie, welche teure Forschung betreibt. Es stehen sich also nicht mehr einzelner Erfinder und Unternehmen oder Unternehmer gegenüber, sondern die Patente entwickelnde Industrie selbst ist aus gutem Grunde daran interessiert, sich gegen die unbefugte Ausnutzung ihrer Forschungsbemühungen erfolgreich zur Wehr setzen zu können. Dem hat die Rechtsprechung dadurch Rechnung getragen, dass sie die Voraussetzungen der Schadenshaftung praktisch bis zur Unkenntlichkeit verwässerte. Hatte das RG anfänglich noch eine Besserstellung des Einzelerfinders, dessen Situation man wie

dargelegt von Anfang an als unbefriedigend empfunden hatte, im Auge, so wurden diese Bestrebungen später auf den Schutz eben derselben Industrie übertragen. Allerdings hielt das RG und nach ihm der BGH hierbei an den engen, gesetzlich vorgegebenen Anspruchsgrundlagen fest.

Dafür besteht heute wie gezeigt aber keine Notwendigkeit mehr. Die Lösung des Verteilungsproblems bei Verletzung gewerblicher Immaterialgüterrechte über das Schadens- Verschuldensprinzip führt auch dogmatisch in eine Sackgasse, denn der Gewinnanspruch stellt einen juristischen Homunkulus dar. Rein äusserlich liegen die Ursachen dieser Entwicklung darin begründet, dass das alte Patentgesetz und Gesetz zum Schutz der Warenzeichen eine wissentliche oder grob fahrlässige Benutzung des fremden Schutzrechts verlangten. Der sich dadurch ergebende Widerspruch zum Verschuldensmasstab des allgemeinen bürgerlichen Rechts führte zu einer Überspannung des Begriffs der groben Fahrlässigkeit zu Lasten des Verletzten, die auch Verhaltensweisen als grob fahrlässig bezeichnete, welche eher die Feststellung leichter Fahrlässigkeit gerechtfertigt

hätten. Dabei wurde derart auf wirklichkeitsfremde Grundsätze zurückgegriffen und das Verschulden durch blosse Fiktionen ersetzt, dass heute mit Recht von einer Denaturierung des Verschuldensprinzips gesprochen wird, die nicht mehr als organische Fortbildung des geltenden Rechtssystems, sondern schon als Umgestaltung contra legem angesehen werden muss (84).

Durch die Erstarrung des Verschuldenserfordernisses zur reinen Fiktion in Form einer Erfolgshaftung ist ebenfalls die Grenze zum literarischen Urheberrecht, wo von Anfang an der Bereicherungsanspruch zugelassen wurde, aufgehoben, weil hier wie dort nicht auf Verschulden abgestellt wird. Dies trat im Urheberrecht lediglich früher zutage: denn "auf literarischem Gebiet ist es so gut wie ausgeschlossen, jedenfalls ausserordentlich selten, dass jemand selbständig ohne Kenntnis eines fremden Schriftwerkes ein mit demselben ganz oder wesentlich übereinstimmendes Werk schafft. Vielmehr muss der Verletzte von der Existenz und Form des fremden Geistesprodukts Kenntnis haben, und seine Schuldlosig-

---

84) Rötelmann NJW 54, 1222; Spengler GRUR 1958, 212, 214; für Anerkennung einer Bereicherungshaftung hier neuerdings auch Lindenmaier und Tetzner (s. Anm. 20), die damit den früher von ihnen vertretenen Standpunkt der Rechtsprechung ausdrücklich aufgegeben haben.

keit kann höchstens darin liegen, dass er irrtümlich glaubt, entweder das Urheberrecht selbst oder ein eigenes Benutzungsrecht an dem geschützten fremden Werke zu haben, oder dass er seine Benutzung für ein (nicht mehr unter den Begriff der Bearbeitung fallendes) neues Werk ansieht oder dergleichen mehr" (85).

Anerkennt man, dass jeder unerlaubte Eingriff in gewerbliche Schutzrechte ohne Bindung an irgendwelche subjektiven Voraussetzungen unrechtmässig und deshalb auszugleichen ist, ist damit auch der erste Schritt zur Übernahme der hier den tatsächlichen Verhältnissen besser entsprechenden Bereicherungshaftung getan, ohne dass sich diese dem Vorwurf eines monopolistischen Missbrauchs aussetzen müsste (86).

Die gewerblichen Schutzrechte sind weder gleichzeitig entstanden noch unterliegen sie einer einheitlichen Systematik, die

---

85) Kisch Festschrift S. 118; Seligsohn GRUR 1928, 672; Staudinger Anm. 17 vor § 812

86) Rosenthal GRUR 1913, 263 1. Sp.

derart strenge Schlussfolgerungen wie die Verneinung der Bereicherungsvorschriften rechtfertigen würde (87). Eine Schadenhaftung ohne Verschulden ist im Bürgerlichen Gesetzbuch nur in Ausnahmefällen vorgesehen und auch die gewerblichen Schutzrechte kennen sie nicht. Daher ist es abweggig, hier von einer abschliessenden Regelung zu sprechen. Die Bereicherungsvorschriften stellen ein für das gesamte Zivilrecht geltendes Rechtsinstitut dar. Es liegt somit eine Inkongruenz der Gesetzgebung vor, als im Patent-, Gebrauchsmuster- und Warenzeichengesetz Bestimmungen fehlen, wie sie im Gesetz zum Schutz des geistigen Eigentums und in den Urhebergesetzen längst praktiziert werden, dass nämlich der Verletzer bei rein objektiv unrechtmässigem Eingriff auf die Bereicherung haftet. Allerdings waren hierfür, wie nachstehend gezeigt wird, die Bedingungen in der damaligen Zeit nicht günstig, denn die sog. Eingriffskondiktion hat erst viel später durch Konkretisierung des gesetzlichen Tatbestandes Gestalt gewonnen. Auch aus diesem Grund konnten damals entgegen heute Bereicherungsansprüche nicht anerkannt werden.

---

87) Callmann, UnlWb S. 123

III.

Die moderne Dogmatik des Bereicherungsrechts

1.) Vermögensverschiebung und Leistung

a) Die condictio des klassischen römischen Rechts.

Der condictio des klassischen römischen Rechts war die Bereicherung in sonstiger Weise, wie sie im heutigen § 812 Abs. 1 Satz 1, 2. Alternative niedergelegt ist, und damit der Fall blosser Inanspruchnahme fremder Rechtsgüter unbekannt. Jene setzte grundsätzlich eine datio voraus, wobei streitig ist, ob nach klassischem Recht die Leistung eine datio im strengen Sinn einer Eigentumsübertragung sein musste. Bei Hingabe von Geld ohne den Erfolg der Eigentumsübertragung begründete die nachfolgende Konsumtion ebenfalls den Bereicherungsanspruch, wenn die Hingabe ohne rechtlichen Grund erfolgt war (88).

Die klassische condictio war daher ein Sachanspruch, d.h. der Kondiktionsschuldner hat ursprünglich lediglich den von ihm empfangenen

---

88) Flume Festschrift für Niedermeyer S. 137/38; Siber, Römisches Recht II S. 213

Gegenstand zurückzugewähren und war bei dessen zufälligem Untergang befreit. Es konnte deshalb nie mehr kondiziert werden, als hingegeben war, und damit auch nie mehr, als der Wert des Hingegebenen. Allerdings erstreckte sich bei der condictio indebiti auf certa res die Haftung des Empfängers im Falle des Verkaufs auch damals schon auf den Verkaufserlös. Das Kondiktionsrecht war in diesem Sinne ein Rückforderungsrecht.

Durch das so konstruierte Bereicherungsverhältnis lagen sowohl dessen Parteien als auch der Umfang ihrer Haftung fest. Auf das übrige Vermögen des Bereicherungsschuldners kam es weder für die Frage der Entstehung noch des Wegfalls der Bereicherung an. Die Problematik einer Vermögensmehrung durch Verwendung fremden Gutes, welche also nicht aus dem Vermögen des Bereicherungsgläubigers und auch nicht durch Leistung, sondern in sonstiger Weise erlangt wurde, lag ausserhalb der klassischen Doktrin.

Doch auch die römischen Juristen haben mit Hilfe des Surrogationsgedankens (pretium succedit in loccum rei) im schon erwähnten Falle der Veräusserung einer grundlos empfangenen Sache und

bei Verbrauch von Gegenständen, quae pondere, numero, mensura consistunt, die wichtigsten Fälle der heutigen Bereicherung in sonstiger Weise in ihr System des datio-condictio-Ausgleichs integriert, indem die anfänglich hingegebenen Sachen als noch beim Schuldner vorhanden angesehen wurden (89). Bei vertretbaren Sachen kam deren Untergang bzw. ein Wegfall der Bereicherung deshalb nicht in Betracht, weil sie nicht individuell sondern lediglich als Wert begriffen wurden und so auch bei Verwertung als fortbestehend gedacht werden konnten.

Lag in dieser Fiktion einer sachlich-gegenständlichen Identität von Entreicherung und Bereicherung grundsätzlich noch keine Aufgabe der Durchführung der condictio als Rückforderungsklage, so änderte sich dies mit Anerkennung der Ersparnisbereicherung im Justinianischen Recht. Bei rechtsgrundloser Leistung von Diensten oder Wohnen auf Grund nichtigen Mietvertrages konnte mit der condictio herausverlangt werden, was der Bereicherungsschuldner normalerweise dafür hätte aufwenden müssen (90).

---

89) Niederländer S. 3

90) Jakobs S. 47

Er haftete so weder auf einen Wert, den ihm der Kondiktionsberechtigte gegeben, noch auf einen, den er in sonstiger Weise aus dessen Vermögen erlangt hatte.

b) Der Systemgedanke des BGB

Die für das Gemeine Recht wie den Bereicherungsanspruch des BGB bestimmende Lehre Savigny's orientierte sich dagegen wieder streng am Gedanken der Vermögensverschiebung. Nach Savigny ist der Bereicherungsanspruch Ersatz für die verlorene rei vindicatio, so dass nur zurückgefordert werden konnte, was "vorher schon wirklich einmal zum Vermögen dessen gehört habe, welcher darauf eine Condiction gründen will". Ihr Grund lag also im "Zurückfordern des aus unserem Vermögen Ausgegangenen" (91). Über das römisch-rechtliche Vorbild hinaus wurde dieser Gedanke auch auf lediglich durch Handlungen des Schuldners oder Naturvorgänge erlangte Vorteile ausgedehnt (92).

---

91) vgl. Savigny V S. 515, 526 f., 567

92) Savigny V S. 523: "auch dasjenige aber kann condiziert werden, was aus meinem Vermögen anders als durch meinen Willen in fremdes Eigentum übergeht, sei es, dass der andere durch seine Handlung oder durch zufällige Umstände auf meine Kosten bereichert werde."

Beherrschendes Prinzip war die durch das Naturrecht des 18. Jahrhunderts zum Rang eines solchen erhobene These der natürlichen Billigkeit in Anlehnung an den Satz des Pomponius D 50, 17, 206: jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem. In diese hat Savigny die historischen Einzelformen der condictio "systematisch" einzugliedern versucht und daraus den auch dem BGB zugrundeliegenden Systemgedanken eines Ausgleichs für entzogene Vermögensvorteile entwickelt.

Zugrunde liegt dem die Vorstellung des Aristoteles von der ausgleichenden Gerechtigkeit (92a), die von dort in die stoische Ethik übernommen wurde, welche es als naturgegeben ansah, dass man nicht um des eigenen Vorteils willen einem anderen schaden dürfe. Sie fand jedoch keinen Eingang in das klassische römische Recht, das solchen Verallgemeinerungen ablehnend gegenüberstand und sich am konkreten Fall orientierte. Der Gedanke einer condictio generalis, die überall dort eingreift, wo eine Vermögensmehrung zurückgefordert werden kann, ist byzantinischen Ursprungs. Er wird dort mit der Idee des bonum et aequum kombiniert

---

92a) Aristoteles, Nikomachische Ethik, Buch 5, 1130 b 30 - 1131 a 7

und die condictio damit zu einer Art Billigkeitsklage "ex aequo et bono" ausgestaltet (93). Erst die nachklassische Zeit hat die aequitas schulmässig wieder eingeführt.

2.) Entstehung der Eingriffskondiktion

Als Ansatz für die Entwicklung einer Eingriffskondiktion im römischen Recht kann ein Fall angesehen werden, der unserem § 816 I. 1 BGB sehr ähnlich ist; ein fremder Sklave wird verkauft und stirbt beim Käufer; der Verkäufer ist dem Eigentümer zur Herausgabe des Erlöses verpflichtet (94). Der Ursprung für diese condictio ist wohl in Ulp. D. 12. 6. 26. 12 zu sehen, wo der Schuldner einer bereits gegebenen condictio (auf Herausgabe eines ihm übereigneten Sklaven) den Kaufpreis leisten muss, wenn er den Sklaven inzwischen verkauft hat.

Ein weiterer Ansatz ist die Verarbeitung, für die in den Institutionen Iustinians (95) eine

---

93) v. Lübtow S. 23

94) Afr. D.12.1.23;im Unterschied zum BGB kennt das römische Recht keinen gutgläubigen Erwerb

95) I.2.1.26

condictio gegeben wird. Üblich war im klassischen Recht eine actio in factum (96) oder eine rei vindicatio utilis (97). Die condictio bei Iustinian ist leicht zu erklären: das Material war gestohlen. Also handelt es sich um eine condictio furtiva. Sie ist aber nicht ausdrücklich als solche bezeichnet. Daran knüpft sich dann die Entwicklung an, dass bei Verarbeitung allgemein eine condictio gegeben wird.

Die im römischen Recht also nur in Umrissen entwickelte Eingriffskondiktion wird erst im Pandektenrecht des 19. Jahrhunderts zum Prinzip formuliert und von den Vätern des BGB der herrschenden Billigkeitsregel unterstellt. Dazu wurden Leistungs- und Eingriffskondiktion in einem allgemeinen Tatbestand zusammengefasst, um, wie man glaubte, so den nachfolgenden besonderen Vorschriften Übersicht und Klarheit zu geben (98). Windscheid (99) konnte danach die ungerechtfertigte Bereicherung generell als eine mit oder ohne Willen des Benachteiligten einge-

---

96) Paul.D.6.1.23.5

97) Ulp. D.6.1.53

98) Prot. II S. 684

99) Windscheid, Pandekten II § 422

tretene Vermögensmehrung bezeichnen, der ansonsten keine weiteren Unterscheidungsmerkmale zukamen.

Wie man früher die Rückforderung des grundlos Geleisteten in den Rahmen einer allgemeinen Unrechtshaftung stellen wollte, so zwängte die Lehre nunmehr alle anderen Fälle ungerechtfertigter Bereicherung in die Vorstellungswelt der Leistungskondiktion. Die hierdurch entstandenen Fragen sind teilweise heute noch kontrovers. Insbesondere stelle sich bald heraus, dass dieser Ausgangspunkt für die praktische Rechtsanwendung, speziell in den Verwendungsfällen und damit auch bei Eingriffen in gewerbliche Immaterialgüterrechte, unbrauchbar, weil nicht genügend unterscheidungskräftig war.

3.) Die Lehre Fritz Schulz'

Gegen die herkömmliche Konstruktion des Bereicherungsausgleichs, bei der der Gedanke der Leistungsbereicherung und damit die Vorstellung einer Wertverschiebung im Vordergrund standen, hat als erster Fritz Schulz mit seiner Theorie auf den Eingriffserwerb versucht, die

Kondiktion auf eine völlig neue Grundlage zu stellen, welche zur Auflösung des sog. traditionellen Bereicherungstatbestandes führte. Da das nach seiner Ansicht im BGB zum Ausdruck kommende allgemeine Prinzip eines Anspruchs auf den Eingriffserwerb (vgl. §§ 281, 816, 985, 1007 BGB) "einer ausdehnenden Interpretation von der Bereicherung auf Kosten zu der Bereicherung auf Grund widerrechtlicher Rechtsverletzung" nicht entgegensteht, braucht die Bereicherung nicht auf Kosten des Verletzten erlangt zu sein (100). Nach Schulz sind "die sog. Bereicherungsansprüche Ansprüche aus widerrechtlichem Handeln und enthalten eine Umkehrung der Schadenidee: Nicht im Vermögen des Verletzten, wie beim Schadenersatz, sondern im Vermögen des Verletzers soll der Zustand hergestellt werden wie er ohne den widerrechtlichen Eingriff bestehen würde" (101). Die durch das zu enge Dogma von der Vermögensverschiebung entstandene Lücke bei den Gebrauchs- und Nutzungsfällen, wo das, was der Nichtberechtigte gewinnt und der Berechtigte - wenn überhaupt - verliert, verschieden ist, vermag nur die Handlung

---

100) Schulz S. 63, 68, 168 f., 427 f.

101) S. 441, 445, 479, 480; kritisch dazu schon Kisch, Festschrift S. 100 f. und Fuchs S. 77 f.

des Bereicherten zu schliessen. Diese stellt zwar keinen dem Gläubiger vorbehaltenen selbständigen Vermögenswert dar, sie verletzt aber das einem anderen zustehende Recht, greift in dieses ein und missachtet damit fremde Befugnisse (102). Das trifft nicht nur bei Verletzung subjektiver Rechte, sondern ebenfalls bei der blosser Verhaltensnormen zu, so dass auch hier der Bereicherungsanspruch eingreift. Die Konzeption Fritz Schulz's hat sich jedoch nicht durchsetzen können. Bei der grundsätzlichen Verschiedenheit der einzelnen positiven Normierungen eines Anspruchs auf den Eingriffserwerb ist es methodisch unzulässig, daraus einen allgemeinen Anspruch derart abzuleiten, dass jeder Eingriff in fremde Rechte zur Herausgabe des Erwerbs verpflichtet. Gerade im Bereicherungs- und Nutzungsrecht wird deutlich, dass das Gesetz einen erlangten Vorteil unter ganz verschiedenen Gesichtspunkten und mit unterschiedlichem Interessenschutz erfasst und diese Vorschriften daher dem von Schulz behaupteten einheitlichen Prinzip gegenüber teils überflüssig teils wenig sinnvoll wären. Ein allgemeiner Anspruch auf den Eingriffserwerb widerspricht schon dem

---

102) vgl. S. 221: "wer unbefugt eine fremde Sache gebraucht, gebraucht eben diese Sache, nicht das Eigentum, dieses verletzt er."

Aufbau des Gesetzes und damit der Intention unseres Privatrechts. Trotz des richtigen Grundgedankens von Schulz, dass nämlich der Bereicherungsausgleich nicht einheitlich aus der Leistungskondiktion abgeleitet werden kann, ist er doch insofern über das Ziel hinausgeschossen, als nach ihm das gesamte Bereicherungsrecht auf einem Eingriff in fremde Rechte und Befugnisse aufbaut. Rechtsprechung und Lehre haben daher auf andere Weise versucht, den Tatbestand der im Anschluss an Schulz dann als Spezialfall erkannten Eingriffskondiktion zu konkretisieren.

4.) Bereicherung auf fremde Kosten

Da bei der Bereicherung in sonstiger Weise weder die Parteien noch Gegenstand und Umfang der Bereicherung durch ein Schuldverhältnis bestimmt sind, blieb Ansatzpunkt hierfür nur der aus der Leistungskondiktion übernommene Gedanke einer Wertbewegung zwischen dem Vermögen des Entreicherten und Bereicherten. Dabei zeigte sich aber schon während der Vorarbeiten zu den Entwürfen des BGB, dass gerade bei den in ihrer Bedeutung noch weitgehend unerkannten Verwendungs- und Nutzungsfällen nicht von einer

Vermögensverschiebung ausgegangen werden konnte. Denn was der Schuldner hier erlangte, war als solches nie im Vermögen des Gläubigers vorhanden (103).

Es bestand ausserdem keine Klarheit darüber, ob und in welchem Umfang eine Bereicherung überhaupt ohne Verlust beim Berechtigten erzielt werden konnte. Noch der Entwurf I. hatte die Leistungsbereicherung als den Grundtyp der Kondiktion herausgestellt und lediglich in § 748 eine Bestimmung eingefügt, welche auch die Bereicherung in sonstiger Weise erfasste. Das entsprang der Behandlung in der Pandektenliteratur, die unter condictio sine causa im weiteren Sinn die allgemeine Bereicherung wegen grundlosen Habens verstand und mit der Bereicherung im engeren Sinn nur Fälle ausserhalb der Leistungsbereicherung bezeichnete (104).

Als Fall einer Bereicherung ohne Verminderung des Gläubigervermögens wurde damals nur die "indebite-Arbeitsleistung" genannt. Auch Savigny hat sie bereits behandelt, ohne auf das Problem

---

103) Prot. II S. 685; Arndts, Pandekten § 340

104) Windscheid, Pandekten § 424 Anm. 1; Arndts, Pandekten § 345 Anm. 1

der Entreicherung überhaupt einzugehen (105). Der dahinterstehende Konflikt ist in seinem ganzen Umfang erst später sichtbar geworden, nicht zuletzt durch die wachsende Zahl von Eingriffen in die im Zuge der industriellen Entwicklung immer bedeutsameren gewerblichen Schutzrechte.

Schon die zweite Kommission ersetzte deshalb den Begriff "aus fremdem Vermögen" durch die Worte "auf Kosten", um so den Anwendungsbereich der Kondiktion zu erweitern, und verband damit den Hinweis, dass das Vermögen des Entreicherten nur noch "berührt" zu sein brauchte (106). Die Ausfüllung der so entstandenen Gesetzeslücke wurde bewusst Wissenschaft und Praxis überlassen. Das Festhalten am Vermögensstand des Entreicherten führte dann dazu, dass man das missing link des zwischen den Parteien verschobenen Vermögensgegenstandes u.a. im Rechtsbesitz und der Mitbenutzung (107), in der Verwertungsmöglichkeit, aus der wirtschaftswissenschaftlich das Vermögen bestehe (108)

---

105) Savigny V S. 523; vgl. auch Mot II, 834, 837

106) Prot. II S. 684, 685

107) Bolze AcP 92, 338

108) Orth S. 78, 98, 116 f.; Fuchs S. 48, 56, Kressner S. 30

sowie einer der Gewinnerzielung günstigen wirtschaftlichen Lage (109) oder der rechtlich geschützten Anwartschaft einer Person (110) sah. Hervorzuheben ist hier die These Orth's, weil sie in gleichem Masse die Schwächen der herrschenden Doktrin wie den später von Wilburg eingeschlagenen Weg einer am subjektiven Recht orientierten Lösung des Bereicherungsausgleichs aufzeigt. Nach ihm bedeutet "Entnahme .. nicht bloss 'Wegnahme' einer bestehenden Verwertungsmöglichkeit, eine Entnahme ist auch darin zu erblicken, wenn in einem Vermögen eine Verwertungsmöglichkeit entsteht, die, wenn alles rechtmässig vor sich gegangen wäre, unbedingt und nur in einem anderen Vermögen, dem des Verletzten, hätte entstehen können. Das ist praktisch von ungeheurer Bedeutung für sämtliche absoluten Rechte. Denn das Wesen des absoluten Rechts über ein Gut ist doch, dass alle Verwertungsmöglichkeiten nur für den Träger des absoluten Rechts entstehen können und dass sie, wenn sie in einem anderen Vermögen entstehen und dort etwa verwirklicht werden, dem Vermögen des absoluten Gewaltinhabers entnommen sind. Entsteht daher

---

109) Lobe S. 360; Callmann UnlWb S. 123

110) Nebenzahl S. 101; v. Mayr S. 197; Kassner S. 86

in einem unberechtigten Vermögen eine Verwertungsmöglichkeit eines Gutes, über das ein anderer das absolute Recht hat, dann hat dieser andere Berechtigte zum mindesten eine latente Verwertungsmöglichkeit verloren, sein Vermögensumkreis ist zu seinem Nachteil durch die Handlung eines Dritten geschmälert worden" (111).

Durch das Festhalten an der Wechselwirkung von Vorteil und Nachteil wurde diese immer stärker formalisiert (112), so dass dabei nicht mehr von einer Vermögenseinbusse oder Schaden des Kondiktionsberechtigten gesprochen werden kann. Man sah z.B. die Abnutzung von Wohnräumen durch den vertragslos Wohnenden (113), die Abnutzung einer Wasserleitung durch denjenigen, der ohne Erlaubnis Wasser zapft (114) oder die Beeinträchtigung eines urheberrechtlich geschützten Werkes "in irgendwelchem Umfang" als ausreichende Be-

---

111) Orth S. 106

112) Wilburg S. 97; von Caemmerer S. 376; Kisch Festschrift S. 100; Enneccerus-Lehmann S. 877; Larenz II S. 373; Esser, 2. Aufl., S. 805 f.; Staudinger Anm. 7b vor § 812; Soergel § 812 Anm. 34; Erman § 812 Anm. 4a; RGRK § 812 Anm. 27; Palandt § 812 Anm. 4a; Möhring GRUR 1931, 423; Böttticher AcP 158, 405; Jakobs S. 47, 64; Mestmäcker JZ 58, 521, 522; Kleinheyer JZ 61, 474

113) OLG Köln OLGE 13, 388

114) OLG Braunschweig OLGE 18, 48

gründung für einen Bereicherungsanspruch an. In bestimmten Fällen versagt selbst diese Konstruktion. Man denke nur an den Fall Ulmers (115), wonach die unbefugte Verbreitung solcher Werke durch Radio, Fernsehen oder Film deren weitere gewerbliche Auswertung und Verbreitung wenn nicht erst ermöglicht so doch zumindest begünstigt und damit den Autor eher besser stellt. In anderen Fällen weicht man dem Problem dadurch aus, dass nicht auf die tatsächliche Beeinträchtigung des Berechtigten, sondern auf dessen Vermögenslage abgestellt wird, "wie sie bei ordnungsgemässem Vorgehen des Beklagten sein würde" (116). So gewährte schon das RG wegen unbefugten Gebrauchs einer Gleisanlage einen Anspruch aus § 812 BGB auf dasjenige Entgelt, welches der Benutzer normalerweise dafür hätte zahlen müssen (117). Denn wer unbefugt fremdes Recht genützt habe, müsse sich an der von ihm geschaffenen Lage festhalten lassen; der Nachteil des Berechtigten bestehe dann in dem entgangenen Entgelt. Eine solche vertragliche Lösung ist jedoch aus dem Wortlaut des § 812 BGB nicht zu begründen und zu Recht als

---

115) S. 305

116) OLG Dresden SeuffA 73 Nr. 51; RGZ 97, 310; RG JW 32, 1044; RG HRR 36 Nr. 461; BGHZ 20, 345 355

117) RGZ 97, 310

irreführende Fiktion einer Vermögensminderung abgelehnt worden (118). Diese verdeckt endgültig, worum es beim Bereicherungsanspruch geht: es soll kein Schaden, sondern ein ungerechtfertigter Vermögenszuwachs rückgängig gemacht werden (119). Zwar ist das Anknüpfen an einen Schaden deshalb verständlich, weil eine Vermögensminderung die typische Konsequenz der Güterinanspruchnahme darstellt. Nur wird hier eben nichts verschoben.

In Wahrheit verzichtete diese Meinung auf eine Vermögensverschiebung sowie einen Schaden beim Bereicherungsgläubiger. Sie sah auch nicht die angeblich entzogene Verwertungsmöglichkeit u.ä., welche als solche eigentlich nicht "erlangt" und damit ebensowenig kondizierbar sind, sondern den Verwendungserfolg im Vermögen des Eingreifers

---

118) Esser, 2. Aufl., S. 805; Gegen die quasikontraktliche Lösung auch Klauer, § 47 PatG Anm. 39, weil damit Unterstellungen getroffen werden, die vielfach unzutreffend seien: denn entweder wäre der Patentinhaber infolge vertraglicher Bindungen Dritten gegenüber verhindert, einen Lizenzvertrag abzuschliessen, oder der Verletzer hätte seine Handlung unterlassen, wenn er mit einer Lizenzpflicht rechnen konnte; ähnlich Federhehn GRUR 1969, 530

119) BGHZ 17, 236, 239; 20, 345, 355

als Kondiktionsgegenstand an. Klarheit hat hier erst Wilburg mit seiner 1934 erschienenen Schrift 'Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht' geschaffen, indem er die Eingriffskondiktion von der Leistungskondiktion abgrenzte und erstere auf eine eigene dogmatische Grundlage stellte. Ob die von ihm geschaffene Zuweisungstheorie auch eine praktikable Lösung der Fälle einer Bereicherung durch Eingriffe in gewerbliche Immaterialgüterrecht ermöglicht, soll daher im Folgenden untersucht werden.

5.) Die Lehre vom Zuweisungsgehalt

a) Subjektives Recht und Zuweisung

Aus der Erkenntnis, dass der Rückforderungsgrund bei Leistungs- und Eingriffskondiktion verschieden ist, sie daher nicht einheitlich aus dem Billigkeitsprinzip abgeleitet werden können, hat Wilburg im Anschluss an Heck die Bereicherung in sonstiger Weise dogmatisch neu eingeordnet und streng von der Leistungskondiktion abgegrenzt. In Anlehnung an die einer Person zustehenden subjektiven Rechte erweist sich eine Bereicherung danach als ungerechtfertigt, wenn

sie gemäss den Grundsätzen der Güterverteilung, welche durch den Zweck des verkürzten Rechts bestimmt werden, die damit verbundenen Güter und Nutzungen seinem Inhaber zuzuweisen, einem anderen gebührt (120). Diese Betrachtungsweise erlaubt es, auf eine gegenständliche Wertverschiebung zwischen dem Vermögen des Entreicherten und des Bereicherten zu verzichten (121).

Obwohl Wilburg damit wie Fritz Schulz die Rechtsstellung des Berechtigten in den Mittelpunkt stellt, ist der Bereicherungsanspruch nach ihm keine strafrechtliche Sanktion für deliktischen Eingriff. Massgeblich ist der Charakter des dinglichen Rechts, das sich von der Forderung durch den Umkreis der betroffenen Personen unterscheidet; es wirkt absolut gegenüber der gesamten Umwelt und schliesst diese von jeglichem oder doch einem bestimmten Sachgenuss aus (122). Dabei ist nicht auf die Absolutheit des Klageschutzes oder die Unmittelbarkeit der Sachbeziehung allein abzustellen. Auch dort, wo das Recht jemand die Herrschaft über eine

---

120) Wilburg S. 27 f.; Heck S. 421

121) Wilburg S. 28, 29, 105, 122; vgl. auch Bydlinski, Wilburg-Festschrift S. 68: der Zuweisungsgedanke hat zum Wegfall des Kriteriums der Entreicherung geführt.

122) Oertmann AcP 123, 130

Sache einräumt, ist es gegen andere Menschen gerichtet und verpflichtet sie, auf die Verfügungsbefugnis des Rechtsträgers zu achten. Sachherrschaft konkretisiert sich daher als Abhängigkeit von einem gegen jedermann wirkenden Recht. Oder: Subjektives dingliches Recht ist das gegen jedermann wirkende Recht auf Achtung der eigenen Beziehung zur Sache (123).

Nach Wilburg bedeutet Absolutheit, dass etwas einer Person zukommt bzw. gebührt und damit zum Haben und Nutzen (uti, frui, abuti) in ihre Verfügungsgewalt gegeben ist (124). Zuordnung ist dessen Zugehörigkeit zum Vermögen des Berechtigten, wobei sein Umfang durch die Art des Rechts bestimmt wird. Hierunter fällt auch die im Widerspruch zur güterzuordnenden Funktion der dinglichen Rechte und speziell des Eigentums erlangte Bereicherung und damit der Ertrag des Rechts, z.B. bei Verwendung von körperlichen Sachen die Gebrauchsvorteile, bei Verwertung

---

123) Larenz AT S. 151; Heck, Sachenrecht § 1, 3; Baur § 4 I; Enneccerus-Nipperdey § 71 I, 3; Staudinger Anm. 3 vor § 90

124) Wilburg S. 28; vgl. auch Larenz AT S. 156; Raiser JZ 61, 467; von Caemmerer S. 353; Jakobs S. 30; Ihering Jb 16, 241

immaterieller Güter der technische und wirtschaftliche Erwerb. Der Bereicherungsanspruch umfasst daher alle Vorteile, die mit dem fremden Rechtsgut in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen. Sein Umfang bestimmt sich nach dem "Verhältnis der Beitragswerte" bzw. der "Idee des angemessenen Entgelts" (125). Der über Sachherrschaft, also rei vindicatio und actio negatoria hinausgehende wirtschaftliche Zweck des Eigentums erzeugt durch seinen Zuweisungsgehalt den Bereicherungsanspruch. Der Eigentumszweck lebt so in schuldrechtlicher Gestalt fort. Die Aufgabe der Kondiktion besteht im Schutz des Eigentums und anderer absoluter Rechte gegen tatsächliche oder rechtsgeschäftliche Verwertung. Der Bereicherungsanspruch verwirklicht den Zuweisungsgehalt des absoluten Rechts, er ist ein Anspruch aus diesem Recht selbst.

An den von Wilburg wieder entdeckten Unterschied zwischen Leistungs- und Eingriffskondiktion knüpfte Kötter (126) 1954 an und formulierte das Prinzip der Leistungskondiktion (Zuwendung mit Zwecksetzung), wodurch die bisher der General-

---

125) Wilburg S. 122, 128 f., 133 f.

126) 'Zur Rechtsnatur der Leistungskondiktion', AcP 153 (1954), 193 ff.

klausel entsprechende einheitliche Lehre von der Notwendigkeit einer unmittelbaren Vermögensverschiebung auch für diesen Bereich abgelöst wurde. Wilburgs und Kötters Lehre übernahm dann 1960 Esser (127), dem sich die Mehrzahl der übrigen Autoren und die Rechtsprechung, wenn auch langsam, anschlossen (128).

b) Rechte mit und ohne Zuweisungsgehalt

Allerdings versteht man im Schrifttum unter Zuweisung weder einheitlich Ertragszuweisung (129), noch ist der Kreis der Rechte mit oder ohne Zuweisungsgehalt abschliessend bestimmt. Nach Heck weisen sämtliche absoluten Rechte ihrem

---

127) Schuldrecht, 2. Aufl. 1960, S. 763 f.

128) Wilburg S. 27 f.; Heck S. 421; von Caemmerer S. 353; Scheyhing AcP 157, 381; Rothoeft AcP 163, 110; Esser II S. 365; Larenz II S. 409; Fikentscher S. 581; von Lübtow S. 26; Sumera S. 32 f., 59; Haas S. 25; Mestmäcker JZ 58, 523 und noch Kleinheyer in JZ 61, 470; Enneccerus-Lehmann S. 871, 890; Staudinger § 812 Anm. 7d; Soergel § 812 Anm. 37, 162, 181 und Anm. 4 vor § 812; Palandt § 812 Anm. 5 A b, 6 B; Erman § 812 Anm. 4a, cc; abweichend Batsch S. 71 f.; Haines S. 68 f.; Kellmann S. 90 f.; Kleinheyer JZ 70, 472; Wilhelm S. 88 f.

129) Für Herausgabe des Gewinns: Heck S. 421; Wilburg S. 28 und AcP 163, 348; Esser II S. 369, 376; Soergel § 812 Anm. 165; dagegen hauptsächlich von Caemmerer S. 356, der den Anspruch auf den Verletzergewinn abschneiden und die auszugleichende Bereicherung statt dessen auf den Wert des Gebrauchs des fremden Rechtsgutes, in der Regel also auf eine angemessene Vergütung beschränken will; ebenso Mestmäcker JZ 58, 521 f.; Larenz II S. 436; Fikentscher S. 582

Inhaber zu, was durch deren Verwertung erlangt wird (130). Positiv-rechtliche Regelungen dafür sieht er in §§ 687 Abs. 2, 816 und 987 ff. BGB. Auch nach Wilburg kann eine Bereicherungsklage auf die Verletzung sämtlicher Rechte der Güterwelt, insbesondere allen subjektiven Vermögensrechten gegründet werden (131). Dagegen lehnt er z.B. die condictio possessionis ab, weil Besitz nur "polizeilichen Charakter" und keine güterverteilende und genusszusprechende Funktion habe. Zwar sei der Besitz subjektives aber als solches nur vorläufiges Recht und daher keins, aus dessen Verletzung ein Bereicherungsanspruch abgeleitet werden könne (132). Von grösster praktischer und grundsätzlicher Bedeutung ist die Frage nach dem Zuweisungsgehalt für die Anwendung der §§ 812 ff. BGB auf Eingriffe in gewerbliche Immaterial- und

---

130) S. 421

131) S. 35, 36; für bereicherungsrechtlichen Schutz aller "sonstigen absoluten Rechte" auch von Caemmerer S. 354; ebenso Esser S. 365 und Fikentscher S. 583

132) S. 37, 38; für Anerkennung der condictio possessionis wieder von Caemmerer S. 349 Anm. 59; dafür auch Fikentscher S. 602;

Persönlichkeitsgüter. Während Wilburg diese bejaht und nur bei Persönlichkeitsgütern nach deren angeblich unterschiedlicher vermögensrechtlicher Tragweite differenziert (133), unterscheidet die moderne Lehre zwischen Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB und blossen Schutzpositionen gemäss § 823 Abs. 2 BGB (134).

Die hier herrschende Meinungsvielfalt ist unübersehbar. Allgemein wird wohl anerkannt, dass z.B. durch den Schutz des Arzt- und oder Anwaltsgeheimnisses nicht private Vermögensinteressen sondern nur Sauberkeit und Vertrauenswürdigkeit dieser Berufsstände gesichert werden. Ebenso dient die allgemeine Verkehrssicherungspflicht dem Schutz der Verkehrsteilnehmer insgesamt und weist keinem bestimmten einzelnen Verkehrsteilnehmer Güter zu. Auseinander

---

133) S. 43; ebenso Jakobs S. 64

134) vgl. Fikentscher S. 582; bestandssichernde Güterzuordnung im Gegensatz zu reinem Freiheitsschutz, wo nur Verhaltensnormen die Güterverteilung regeln; Esser II S. 365 im Anschluss an von Caemmerer S. 396 ff.; gegen ihn Jakobs S. 103 ff.; zur Kommentarliteratur vgl. Staudinger Anm. 16 ff. vor § 812, der Bereicherungsansprüche praktisch uneingeschränkt zulässt; ebenfalls RGRK § 812 Anm. 32; Soergel Anm. 15 vor § 812 und Anm. 166 gegen § 812 nur bei Persönlichkeitsrechten und eingerichtetem Gewerbebetrieb; dafür hier wieder Palandt § 812 Anm. 3a; Ermann Anm. 2a, dd vor § 812 lehnt Bereicherungsansprüche im gewerblichen Rechtsschutz wegen der abschliessenden gesetzlichen Regelung überhaupt ab

gehen die Ansichten aber schon beim Wettbewerbsverstoss sowie bei Eingriffen in das Recht am sog. Gewerbebetrieb und Warenzeichenverletzungen.

Bei ersteren wird argumentiert, dass "eine Rechtsordnung, die ihren Subjekten die Freiheit gewerblicher Betätigung gewährt, ihnen nicht gleichzeitig einen Tätigkeitsbereich mit festen Chancen und Erwerbserwartungen durch ein absolutes Recht zuweisen" kann (135). Ebenso sei das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht eigentlich ein Recht in diesem Sinne, sondern nur ein Bündel geschützter Einzelpositionen, die dem Rechtskreis einer Person zugeordnet werden. Wo sich ein solches freilich konkretisiert, "verstärkt" hat, wie in § 22 KUrhG, steht es dem Betroffenen ausschliesslich zu (136).

aa) Die gewerblichen Schutzrechte

Die Fälle des Eingriffs in gewerbliche Immaterialgüterrechte sind aber mit der genannten Dogmatik, die auf der Unterscheidung zwischen absoluten Rechten mit Zuweisungsgehalt und blossen

---

135) Mestmäcker JZ 58, 521, 526

136) von Caemmerer S. 398

lediglich Handlungen, nicht Guterverschiebungen bewertenden Verhaltensnormen beruht, ohne weiteres lösbar.

So handelt es sich bei Patent-, Gebrauchsmuster-, Geschmacksmuster-, Warenzeichen- und Wettbewerbsrechten darum, dass bestimmte Güter (Erfindung, Muster, Kennzeichen) aus den vielen anderen geistigen Gegenständen herausgehoben, durch Schutzvorschriften gegen das geistige Allgemeingut abgegrenzt und demjenigen zugeordnet werden, der sie durch seine individuelle Leistung gewerblich verwertbar gemacht oder gewerblich genutzt hat. Ihrem Inhalt nach gehen die Schutzrechte deshalb dahin, dem Berechtigten die Benutzungsarten, in denen sich der gewerbliche Wert des geschützten Gutes als vermögenswert äussert, vorzubehalten. Sie schützen dessen gewerbliche Leistung, indem sie ihm zur Befriedigung seiner wirtschaftlichen und persönlichen Interessen den geistigen Gegenstand, den er wirtschaftlich verwertbar gemacht hat, zuordnen. Diese Zuordnung erfolgt durch Anerkennung von Immaterialgüterrechten, d.h. Vermögensrechten an verselbständigten, verkehrsfähigen geistigen Gütern.

Patent- und Gebrauchsmutergesetz ordnen dem Erfinder zum Schutz seiner Interessen das Ergebnis der erfinderischen Leistung zu. Gegenstand dieser Schutzrechte ist die Erfindungsidee einschliesslich derjenigen Ausdrucksformen und Erzeugnisse, in denen sie ihre technische Wirkung und ihren wirtschaftlichen Wert entfaltet. Patent- und Gebrauchsmusterrechte monopolisieren eine bestimmte technische Idee und sperren sie demnach für alle anderen Gewerbetreibenden.

Ihre Rechtfertigung findet diese Monopolisierung nicht nur im Gedanken des Leistungsschutzes, sondern auch in wirtschaftlichen Erwägungen. Der Erfinder soll zwar die Möglichkeit haben, durch Verwertung seiner Leistung einen Lohn dafür zu erhalten; andererseits ist die Erfindertätigkeit im Interesse des technischen Fortschritts anzuregen. Insoweit ist auch öffentliches Interesse zur Begründung des Patent- und Gebrauchsmusterschutzes heranzuziehen. Für die Frage der Anwendung von Bereicherungsrecht bleibt aber massgeblich, dass in erster Linie dem Erfinder der wirtschaftliche Wert, welcher in der technischen Wirkung der Erfindungsidee liegt, und damit dessen

gewerbsmässige Verwertung zugewiesen werden soll.

Ebenso sichert das Geschmacksmusterrecht seinem Urheber den wirtschaftlichen Wert der von ihm entworfenen ästhetischen Gestaltung. Sein Inhalt besteht in der Befugnis des Schutzrechtsinhabers, das Muster nachzubilden und gegen Entgelt zu verbreiten. Ähnlich schützt das Warenzeichen die Werbeleistung eines Kaufmanns, indem es ihm ein ausschliessliches Benutzungsrecht am Symbol seiner Leistung, nämlich der Warenbezeichnung, gewährt. Eine durch unbefugte Benutzung dieses Rechtsgutes erlangte Bereicherung ist daher ebenfalls herauszugeben.

Fraglich könnte eine Anwendung der §§ 812 ff. BGB lediglich bei Wettbewerbsverstössen sein, da hier zunächst der Wettbewerb als solcher und damit Allgemeininteressen geschützt werden. Bei näherem Hinsehen lässt sich jedoch feststellen, dass die §§ 1, 14 bis 20 UWG auch Individualbegünstigungen enthalten, die wegen der Generalklausel des § 1 UWG zwar nicht alle auf einen Nenner zu bringen, aber durch deren Konkretisierung, gegebenenfalls unter Heranziehung von Motiven und Zweck des Gesetzes, durchaus bestimm-

bar sind (137). Dabei kann z. B. die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte und der ihnen innewohnenden Wertvorstellungen richtungsweisend sein, als hierdurch individuelle Freiheitsrechte wie Gewerbe-, Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit gewährleistet werden (137a). In diesem Sinne ist gerade das UWG Ausdruck des Schutzes einer Institution kraft objektiven Rechts durch Zuteilung individueller Ansprüche in Gestalt der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit, deren Inhalt und Umfang sich aber nicht generell bestimmen lassen (137b).

bb) Persönlichkeitsrecht und Recht an Gewerbebetrieb

Beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht hat auch der BGH (138) unter dem Gesichtspunkt der Ersparung von Aufwendungen zunächst einen Bereicherungsanspruch anerkannt, dann aber auf der Wertungsgrundlage der Art. 1 und 2 GG entgegen dem klaren Analogieverbot des § 253 BGB und unter Rechtsfortbildung contra legem bei Persönlichkeitsverletzungen einen Ersatzanspruch aus § 847 BGB

---

137) Kassner S. 81 f.; Kellmann S. 146 f.; Haines S. 93 f.; Baumbach-Hefermehl I UWG, Einl. Anm. 336 f.; and. Fikentscher S. 582; Esser S. 365

137a) Baumbach-Hefermehl I UWG, Einl. Anm. 97

137b) Raiser, Summum Jus S. 159

138) BGHZ 20, 345, 355 - Dahlke -

entwickelt (139), der als gewohnheitsrechtlich gefestigte Anspruchsgrundlage anzusehen sein soll (140). Mit einer Kritik an den Gründen der gesetzlichen Regelung ist dies allerdings nicht zu rechtfertigen; denn es war aus der Situation der Jahrhundertwende durchaus einleuchtend, dass der "einzelne nicht ohne wohlüberlegtes Gesetz in eine uferlose und existenzbedrohende Haftung gestürzt werden" sollte (141).

Obgleich damit wieder auf das Gebiet des Schadenrechts ausgewichen wird, erweist sich doch der Anwendungsbereich des § 812 BGB sowohl seinem Gegenstand wie seinem Inhalt nach als so umfassend, dass ein Rückgriff auf § 847 BGB nur als ultima ratio gerechtfertigt wäre. Die

---

139) BGHZ 26, 349 - Herrenreiter -; 30, 7 - Valente, wo die Herleitung des Anspruchs noch aus §§ 823 I, 252 BGB erfolgte; 35, 363 - Ginseng -; 39, 124 - Fernsehansagerin -; BGH MDR 62, 194 - Hochzeitsbild -; GRUR 1969, 301 - Spielgefährtin II -; NJW 62, 1004 - Doppelmörder -; 63, 904 - Gerichtsberichterstatter -; 65, 685 - Exklusivinterview -; 65, 1374 - Wie uns die anderen sehen -; 71, 698 - Liebestropfen -; neuerdings unter Ausweitung des Anspruchsinhalts OLG Köln NJW 73, 850 - Juwelenhändler -; OLG Karlsruhe NJW 73, 851 - Oberschenkelamputation -

140) BGH NJW 71, 698

141) Bötticher MDR 63, 360; AcP 158, 385

Tatsache, dass das - vom Gesetzgeber des BGB noch abgelehnte - allgemeine Persönlichkeitsrecht nunmehr zum festen Bestandteil unserer Privatrechtsordnung geworden ist, hat auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 14. 2. 1973 bestätigt (142) und dabei klargestellt, dass die das Ansehen einer Person treffenden Handlungen ebenfalls eine Sanktion finden müssen (142a). Ohne zusätzliche konstruktive Bemühungen lässt sich diese nur durch Anwendung von Bereicherungsrecht verwirklichen.

Eine bereicherungsrechtlich geschützte Erwerbsmöglichkeit bildet auch das von der höchstrichterlichen Rechtsprechung als "sonstiges Recht" nach § 823 Abs. 1 BGB anerkannte Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Das RG nahm anfänglich eine Verletzung dieses Rechts nur an, wenn sich der Eingriff unmittelbar gegen den Bestand des Gewerbebetriebes richtete. Später wurde diese Begrenzung fallengelassen, so dass jede unmittelbar schuldhafte Beeinträchtigung der gewerblichen Betätigung zum Schadenersatz verpflichtete. Der BGH stellte den Schutz

---

142) NJW 73, 1221, 1223

142a) Deshalb wird man auch davon ausgehen können, dass dieses Recht nicht mehr nur ein "Bündel von Schutzpositionen" darstellt - so von Caemmerer S. 396, Fikentscher § 103 II; dagegen Hubmann, Persönlichkeitsrecht S. 128 ff., Jakobs S. 103 ff. -, sondern sich insoweit "konkretisiert" hat, vergl. Esser II S. 365, s. im einzelnen auch die 4. Aufl. S. 402

des Gewerbebetriebes sogar in Parallele zu dem umfassenden Schutz des Eigentums. Ersterer ist daher ebenso wie dieses durch §§ 812 ff. BGB geschützt.

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, dass sämtliche gewerblichen Schutzrechte Zuweisungsgehalt besitzen. Spätestens seit den sechziger Jahren, also seit der Übernahme der Zuweisungstheorie durch Esser und andere, steht die Eingriffskondiktion auf gesicherter dogmatischer Grundlage, so dass damit auch der rechtliche Grund für die Ablehnung der §§ 812 f. BGB auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes weggefallen ist. Dieser durch Wilburg eingeleitete Prozess stellt, wenn man ihn auf dem Hintergrund der im 2. Teil dieser Arbeit dargelegten historischen und wirtschaftlichen Situation sieht, lediglich eine nachträgliche Rationalisierung der dort geschilderten Entwicklung dar. Von dieser Seite her betrachtet spricht ebenfalls alles für die Anerkennung des Bereicherungsanspruchs bei Verletzung gewerblicher Immaterialgüterrechte, zu der sich die Rechtsprechung aber bis heute nicht entschliessen konnte.

c) Kritik der Zuweisungstheorie

aa) Zuweisung und Bereicherung mit fremden Mitteln

Der Zuweisungsgedanke ist neuderdings verstärkter Kritik ausgesetzt. Diese richtet sich hauptsächlich gegen die These der Ertragszuweisung aus dem Recht selbst, welche auf der "verfehlten ökonomischen Anschauung (beruhe), als ob der wirtschaftliche Ertrag aus den Gegenständen hervorwachse wie die Pflanze aus dem Boden, als ob es Gegenstände gäbe, in denen ein wirtschaftlicher Ertrag schon darinsteckte wie das Mineral im Bergwerk" (143). Auch die von Wilburg (144) zu den §§ 951, 955 BGB gezogene Parallele wird deshalb für unzutreffend gehalten, weil die natürlichen Früchte tatsächlich aus fremden Vermögen erworben wurden, da sie Teil der im Eigentum des Berechtigten stehenden Muttersache gewesen sind.

Jakobs (145) meint daher, dass der Zuweisungsgedanke das zu Begründende voraussetzt, dass nämlich der Verwendungserfolg, die Eingriffs-

---

143) Jakobs S. 29, 30 im Anschluss an Schulz S. 205, 220 N. 613; vgl. neuerdings Koppensteiner/Kramer S. 21, 89 f.; Reeb S. 34 f.

144) S. 29 f., 34

145) S. 53; vgl. auch Haines S. 84: Zuweisungsgedanke ist Ergebnis "rechtsdogmatischer Parthenogenese". Die Zuweisungstheorie schaffe einen unlösbaren Widerspruch zwischen materieller Ertragszuweisung einerseits und ideellem Persönlichkeitsschutz oder dem Recht auf unbeschränkten wettbewerb andererseits. so Kleinheyer JZ 70, 474 l.Sp.; Mestmäcker JZ 58,521

gegenstände, dem Bereicherungsgläubiger gebühren, obwohl er sie nicht verloren hat. Darin lebe die Vorstellung Savigny's von dem "aus unserem Vermögen Ausgegangenen", also dem Dogma der Rückgängigmachung einer Vermögensverschiebung, wie die missverständliche Annahme eines "selbständigen Genussgutes" dahin, dass solches allein und ohne Kombination mit anderen Gütern einen Nutzen abwerfen könne, fort (146). In Wahrheit sei dem Berechtigten nur die Dispositionsbefugnis als Rechts- und Willensmacht zur Verwirklichung seiner Interessen zugewiesen. Der Begriff Zuordnung ist dann kein solcher, der gegenständlichen Inhalt hat; er ist lediglich Relationsbegriff, also ein in- Beziehung-setzender Begriff als Folge der Rechtszuständigkeit und damit zur Festlegung seines Bezugsobjektes nicht geeignet (147).

Diese Argumentation gründet jedoch auf einer Art naturwissenschaftlich mechanistischen Denkform herkömmlicher Begriffsjuris/prudenz, die zur Charakterisierung der Bereicherung in sonstiger Weise nicht geeignet ist. Bei der

---

146) Haines S. 80

147) Fabricius AcP 162, 471; Haines S. 84

Zuweisung aus dem Recht handelt es sich nicht um sachenrechtliche Nebenansprüche, sondern um ein selbständiges, an der typischen Interessenlage, aus der die Kondiktionen hervorgehen, orientiertes schuldrechtliches Rückforderungsrecht (148), ähnlich dem Gedanken der Ausgleichspflicht bei Nutzung der einem anderen vorbehaltenen Rechtsgüter. Der Umfang des Zuweisungsgehalts ist deshalb nicht ausschliesslich an der Absolutheit des betreffenden Rechts zu messen. Dem entspricht, dass die Vertreter der Zuweisungstheorie ebenfalls unterschiedlicher Meinung hinsichtlich des Zuweisungsgehalts solcher Rechte sind, die sie ohne weiteres als absolute anerkennen. Wegen der hierbei auftauchenden Schwierigkeiten muss nicht gleich die gesamte Zuweisungstheorie abgelehnt werden (149), wie dies neuerdings versucht wird (150). Das Erfordernis der Absolutheit hat mehr eine negative Funktion derart, dass Bereicherungsansprüche nicht über den Kreis bestandssichernder Rechte hinaus gewährt werden sollen, wobei hier sowohl materielle wie immaterielle, ideelle wie kommerzielle Posi-

---

148) Pinzger GRUR 1927, 270; Sterner GRUR 1937, 341

149) Koppenstein/Kramer S. 91

150) so Batsch S. 71 f.; Haines S. 68 f.; Kellmann S. 90 f.; Kleinheyer JZ 70, 472; Wilhelm S. 88 f.; zwischen Zuweisungsgehalt als solchem und seinem Umfang unterscheiden ausdrücklich Esser II S. 365; Wilburg S. 28

tionen grundsätzlich eingeschlossen sind (151). Die weitere Entscheidung über den Umfang der Bereicherung und damit deren endgültige Zuteilung ist aber nach anderen Kriterien zu treffen. Dies meint wohl auch Wilburg, wenn er sagt, gegenüber der positiven Grundlage des Bereicherungsanspruchs im Recht selbst bleibe noch mit bescheidener Bedeutung, ein negativer Gesichtspunkt offen, der an den Mangel des rechtlichen Grundes anklinge (152). Es bestehe nämlich die Möglichkeit, dass besondere Umstände den Bereicherungsanspruch ausschliessen. Dazu rechnet Wilburg vor allem dingliche und persönliche Gegenrechte analog den Verteidigungsgründen des Beklagten gegen die Eigentumsklage. In der Tat ist die Bereicherung gerechtfertigt, wenn der Kondizient durch ein Schuldverhältnis verpflichtet ist, diese beim Eingreifer zu belassen (153). Rechtsgrund bedeutet dann 'Verneinung der Rechtsfortwirkung durch einen Tat-

---

151) Enneccerus-Nipperdey AT I S. 432, 460 f.; Baur JZ 66, 381; AcP 160, 465

152) vgl. hierzu Rabel, RabZ 10, 428

153) Scheyhing AcP 157, 371, 381; Rothoeft AcP 163, 215, 268 f.; Esser II S. 365; Fikentscher S. 588; Enneccerus-Lehmann S. 890

bestand, der den Zuweisungsgehalt des Rechts negiert, indem er auf die vorhandene Legitimation eines Dritten abstellt" (153a). Zuweisung im Sinne der Gleichstellung von usus und fructus kann damit nicht ohne Einbeziehung der dem Rechtsinhaber jeweils zustehenden Befugnisse verstanden werden. Das Abstellen auf den Zweck oder das Wesen eines Rechts allein genügt dafür nicht. Das zusätzliche Kriterium für die Herausgabe der Bereicherung ist darin zu sehen, dass dem Berechtigten entzogen wird, was mit seinem Vermögen, durch dessen unbefugte Verwendung erzielt wurde (154). Anspruchsberechtigt ist dann, wer über die Verwendung bestimmen, sie dulden oder verbieten kann (155). Dies bedeutet jedoch nicht, dass nur solche Vorgänge den Bereicherungs-

---

153a) Scheyhing aaO. S. 381

154) In diesem Sinne schon Windscheid, Pandekten, 4. Aufl. 1875, § 421, 2: "Die Bereicherung ist eine Bereicherung aus fremden Vermögen nicht bloss dann, wenn durch ihren Inhalt die Verminderung des fremden Vermögens von selbst gegeben ist, sondern auch dann, wenn sie durch Mittel des fremden Vermögens, durch Gebrauch, Verbrauch, Hingabe, Belastung, Nichtvermehrung des fremden Vermögens bewirkt worden ist." Brinz II, 2 S. 520: auch das, "was mittelst fremder Sachen von einem Dritten erworben" wird, könne kondiziert werden

155) Kellmann S. 106; Kleinheyer JZ 70, 470 sieht darin in ausdrücklichem Gegensatz zum Zuweisungsgedanken den eigentlichen Grund für die Bereicherungsherausgabe, während diese Formel in Wahrheit nur zu dessen sprachlicher Präzisierung dient. In der Tat werden hierdurch die oben genannten Widersprüche (s. Anm. 145) vermieden.

anspruch auslösen, die auch einen Unterlassungsanspruch nach sich ziehen. Im Gegensatz zur Eingriffstheorie gewährt eben jeder tatbestandsmässig erfassbare, rechtlich missbilligte Zustand wie die unter Verstoss gegen den Zuweisungsgehalt mittels fremder wirtschaftlicher Leistung erlangte Bereicherung den Anspruch aus § 812, ohne dass dieser sich in einem Zugriff auf fremdes Gut manifestiert (156). Es genügt, wenn der Berechtigte für den Fall der unerlaubten Herbeiführung einen Unterlassungsanspruch haben würde, d. h. sich gegen den Eingriff zur Wehr setzen durfte (157).

Im Grunde ist dies auch die Auffassung Wilburg's, wonach der Bereicherungsanspruch durch die "Verwendung eines Rechtsgutes zu fremdem Nutzen" entsteht und der Zuweisungsbegriff, will sagen, die "wirtschaftliche Zurechnung nach den Grundsätzen des praktischen Lebens", nur zu dessen Abgrenzung dient (158). Ebenso heisst es bei

---

156) Esser I S. 62; Kleinheyer JZ 70, 475

157) Kleinheyer JZ 71, 475; demnach kann die Inanspruchnahme fremder Güter, die nicht Rechtens unterbunden werden durfte, keinen Bereicherungsanspruch erzeugen

158) S. 114, 131; neuerdings auch AcP 163, 347; Herausgabe der Bereicherung nur, wenn sie durch Nutzung einer Sache, die dem Eigentümer gehört, erzielt wurde

Esser, dass bereichert derjenige ist, dessen Vermögen "mit fremden Mitteln" gemehrt wurde, die Herausgabepflicht aber nur einsetzt, falls dadurch eine geschützte Rechtssphäre verletzt wurde (159). Auch die bei Larenz gebrauchte Formel von der Zuführung des Substanzwertes ist nichts anderes als eine Umschreibung dieser Auffassung. Herauszugeben ist nur, was durch Verwendung fremder Rechtsgüter erlangt wurde (160). Dass dem Inhaber eines solchen Gutes (161) die Bereicherung gebührt oder nicht, darf nur im Rahmen des Zuweisungsgedankens entschieden werden, weil hierdurch festgelegt ist, ob dem Rechtsinhaber überhaupt etwas gebührt oder nicht. Der Zuweisungsgedanke entspricht einer Grundentscheidung unserer Rechtsordnung und kann nicht durch den Gedanken eines "Allgemeinen Güterschutzes" und damit eine neue Generalklausel ersetzt werden (162).

---

159) Esser II S. 363; vgl. auch Stern GRUR 1910, 317: die Bereicherung geschieht durch Mittel des fremden Vermögens

160) so Kellmann S. 84; Kleinheyer a.a.O. S. 473: "nicht die Tatsache einer Schadenverursachung bei Erzielung einer Bereicherung, sondern der Umstand, dass der Bereicherte sich mit dem "Schaden" des Verletzten einen Vermögensvorteil verschafft, dass er seine Bereicherung mit dem Gut des Verletzten "finanziert", bot die Rechtfertigung dafür, dem Verletzten die Bereicherung zuzusprechen."

161) s. auch Pilger/Preusche NJW 74, 2309, die in Verbindung mit Fernsehschleichwerbung ebenfalls die Eingriffskondiktion bejahen und dabei die Tatsache, dass die Bereicherung "aus fremden Mitteln" herrührt, als für deren Zuweisung an den Berechtigten konstitutives Moment ansehen

162) so aber Reeb S. 36 f. im Anschluss an Kleinheyer

bb) Rechtswidrigkeit als Grundlage der Eingriffskondiktion

Im Anschluss an die von Schulz vorangestellte Rechtswidrigkeitsthese haben in neuerer Zeit lediglich Jakobs und Haines in bewusstem Gegensatz zur Zuweisungstheorie versucht, eine rechtliche Grundlage für die Herausgabe der durch unerlaubten Eingriff erlangten Bereicherung zu entwickeln (163). Nach Jakobs ist die Bereicherung im Gegensatz zu Schulz, der dieses Tatbestandsmerkmal aus § 812 BGB eliminieren wollte, dann auch "auf Kosten" des Berechtigten erlangt, wenn sie aus der Verletzung eines Rechts mit "vermögensrechtlicher Tragweite" herrührt (164). Haines stellt darauf ab, dass die Vermögensmehrung unter Verstoss gegen den Normzweck und damit auf Kosten des Verletzten erlangt wurde. Denn wer auf wessen Kosten in sonstiger Weise bereichert ist, könne nur durch bewusst normierende Tatbestandsbildung geklärt werden. Nur die Dispositionsmöglichkeit über den Rechtsschutz, das Rechtsschutzmonopol oder Individualrechtsgut, nicht die über den Rechtsgegenstand oder ein vermögenswertes Gut, und damit der im Widerspruch zu ersterem erfolgte rechtswidrige Eingriff rechtfertigt nach ihm den Bereicherungsanspruch (165). Die Bereicherungsherausgabe wird somit wie bei Schulz allein aus dem auf der Rechtswidrigkeit

---

163) Haines S. 80 f.; Jakobs S. 43, 62, 64
164) S. 64
165) S. 48, 102 f., 107

des Eingriffs beruhenden Unwerturteil abgeleitet, da streng zwischen Verwertung des absoluten Rechts selbst und des diesem zugeordneten Gutes zu unterscheiden ist (166).

Wie in den Fällen zu verfahren ist, wo die Bereicherung weder auf eine rechtswidrige noch überhaupt auf eine Handlung des Bereicherten zurückgeht, die aber gleichfalls von § 812 BGB umfasst werden, sagt Haines nicht. Im übrigen begegnet schon sein Ansatzpunkt erheblichen Bedenken. Denn ohne die Vorstellung, dass dem Rechtsinhaber etwas rechtens gebühren, er darauf ein Recht haben kann, blieben alle hierauf bezogenen Vorschriften des positiven Rechts unverständlich, da sie gerade kein aus Rechtsnorminhalten abgeleiteter Abstraktionsbegriff sind (167). Weiter kann für die Eingriffskondiktion die Rechtswidrigkeit schon deshalb nicht genügen, weil sie nur Verbotensein des Eingriffs oder des dadurch geschaffenen Zustandes bedeutet. Daraus folgt aber noch nicht, dass der vom Verletzer gezogene Vorteil auch dem Verletzten zukommt.

Durch die Eingriffstheorie wird das Bereiche-

---

166) Haines S. 101; Schulz S. 104, 105

167) Larenz AT S. 217 Anm. 3

rungsrecht ausserdem zu sehr dem Recht der unerlaubten Handlung angenähert. Dort geht es aber nicht um Unrecht als Folge rechtswidriger Handlungen, sondern darum, ob der Bereicherte den von ihm durch eigenes oder fremdes Tun erlangten Vorteil behalten darf, ob dieser ihm im Verhältnis zum Entreicherten gebührt (168). Dies ist jedoch keine Frage bloss des Kausalzusammenhangs zwischen Eingriff und Bereicherung, sondern eines zusätzlichen Anknüpfungspunktes in der Sphäre des Verletzten. Zwar stehen dabei der Bereicherungsvorgang und damit wertende Gesichtspunkte - nicht ein wie immer gearteter Nachteil des Kondiktionsgläubigers - im Vordergrund. Die von den Anhängern der Eingriffstheorie daraus gezogene Schlussfolgerung einer Bereicherungshaftung aus widerrechtlichem Handeln wird aber der Interessenlage des Berechtigten wie des Eingreifers nicht gerecht, und ist aus diesem Grunde abzulehnen.

---

168) Larenz II S. 409; ablehnend auch Heck S. 436; Esser II S. 364; nach der Eingriffstheorie wäre der Bereicherungsanspruch z.B. auch gegeben, wenn ein rechtlich gebilligter Erfolg durch widerrechtliche Handlung erreicht wird, so wenn ein Gläubiger sich die ihm geschuldete Leistung auf eigene Faust verschafft, so Kleinheyer JZ 71, 472

d) Gewinnherausgabe und Zahlung eines Entgelts

Eine besondere Ausformung hat die Idee der Zuweisung durch von Caemmerer erfahren. Nach ihm steht dem Inhaber eines absoluten Rechts der "Gebrauch oder Verbrauch des ihm zugewiesenen Gutes allein zu, so dass er Wertvergütung verlangen kann, wenn ein anderer dasselbe gebraucht, verbraucht oder verwertet hat, wobei es dann nicht darauf ankommt, ob er diesen Gebrauch auch seinerseits gemacht hätte" (169). Auch von Caemmerer sieht demnach die Unrechtmässigkeit der Bereicherung darin, dass die Verwendung im Widerspruch zum Zuweisungsgehalt eines Rechtes steht. Gegenstand des Bereicherungsanspruchs aus 'Eingriffserwerb' sei nur der Wert des Erlangten, nicht etwa ein vom Eingreifer erzielter Gewinn. Nach von Caemmerer ist letzterer nur bei schuldhaftem, ausserhalb des Immaterialgüterrechts sogar bloss bei vorsätzlichem Eingriff herauszugeben (170). Der Verwendungserfolg selbst liege ausserhalb des Zuweisungsgehalts eines absoluten Rechts und könne nicht Gegenstand des Bereicherungsanspruchs sein. Bei schuld-

---

169) v. Caemmerer S. 353, 377

170) S. 356, 357, 359; zur Gewinnherausgabe vgl. auch Ulmer S. 308; Sumera S. 58; Batsch S. 80; ablehnend Haas S. 98

losem bloss objektiv rechtswidrigem Eingriff sei lediglich die Vergütung zu zahlen, die jemand normalerweise dafür hätte aufwenden müssen, die also bei rechtmässigem Vorgehen dafür zu zahlen wäre (171). Sinn und Zweck dieser Haftung ist, die bereicherungsrechtliche Inanspruchnahme des gutgläubigen Eingreifers auf einen allgemeinen Wertersatz zu beschränken.

Die neuere Lehre hat allein die Frage des Wertersatzes weiterverfolgt (171a). Im Gegensatz dazu hat Wilburg den Gewinnanspruch noch in den Bereicherungsausgleich eingeschlossen. Die Gründe für die Ablehnung der Gewinnherausgabe sind wieder in Billigkeitserwägungen zu suchen.

Denn ein Ertrag beruht nicht auf der Tatsache allein, dass in einen fremden Bereich eingegriffen wird, sondern immer auf dem Zusammenwirken verschiedener Umstände wie Kapitaleinsatz, Arbeitsaufwand, Material und nicht zuletzt auch die Tüchtigkeit des Eingreifenden. Der Gewinn geht demnach aus einer Kombination von Erfolgsbedingungen hervor, die sowohl dem Vermögensbereich des Ver-

---

171) vgl. Batsch S. 81, der hierin eine Verwischung der Grenzen zwischen Delikts- und Bereicherungsrecht sieht. Die Bereicherungshaftung sei keine deliktische Sanktion, sondern die Konsequenz des Verbotes, mit fremdem Vermögen einen Gewinn zu machen

171a) v. Lübtow, Beiträge S. 29; Larenz II S. 428; Fikentscher § 99 IV 2 a.

letzten wie dem des Verletzers zuzurechnen sind. Der so erzielte Ertrag besteht aus einer Mehrheit von psychologisch, wirtschaftlich und juristisch trennbaren Einzelakten, so dass es als unbillig empfunden wurde, wenn der schuldlose Eingreifer zur Herausgabe des gesamten Erwerbs verpflichtet sein sollte.

Der Umstand, dass sich der aus einer Erfindung erzielte Gewinn aus verschiedenen Faktoren zusammensetzt, von denen im Einzelfall der eine oder andere mehr in den Vordergrund tritt, sagt aber nichts darüber aus, ob der Gewinn herauszugeben ist, sondern nur etwas über den Anspruchsumfang. Es ist dann auch verfehlt, von diesem Ansatzpunkt her einen Mittelweg einzuschlagen, wonach der gutgläubige Verletzer lediglich eine angemessene Lizenzgebühr zu zahlen hat, weil dies seiner Interessenlage am meisten gerecht wird, da so die vorstehend aufgezeigten Unbilligkeiten vermieden werden.

Demgegenüber hat Esser (171b) überzeugend dargelegt, dass, wenn der Zuweisungsgehalt darüber bestimmt, ob etwas auf fremde Kosten erlangt ist, dies auch für das Ausmass des Erlangten gelten muss.

171b) Esser II S. 368 ff. - and. noch die zweite Aufl.

Da die Gewinnerzielung Bestandteil des subjektiven Rechts ist, dessen gewinnbringende Verwertung also nur dem Inhaber zusteht, ist der unter Missachtung seiner Befugnis erzielte Gewinn an diesen herauszugeben (171c). Letzteres ergibt sich auch aus dem eindeutigen Wortlaut des § 816 I BGB, der einen gesetzlich normierten Unterfall des allgemeinen Tatbestandes der Eingriffskondiktion darstellt und sich nicht auf die darin geregelten Fälle beschränkt. § 816 BGB dient generell der Ermittlung des "in sonstiger Weise" Erlangten. Denn wer fremde Patente, Gebrauchsmuster u.a. verwendet, ist nicht anders anzusehen als der Veräusserer einer fremden Sache. Der Gewinn ist hiernach bei Eingriffen in fremde gewerbliche Immaterialgüterrechte ebenfalls herauszugeben. Wollte man anders entscheiden, etwa danach, ob der Inhaber sein Recht überhaupt hätte gewinnbringend verwerten können, müsste in systemfremder Weise auf die Position des Kondiktionsgläubigers abgestellt werden (171d).

171c) BGHZ 29, 157, 160

171d) im Ergebnis ebenso Enneccerus-Lehmann § 225 I 1; Heck S. 426; Jakobs S. 61; Haines S. 118, 119; Kellmann S. 110; Reeb S. 107; Koppensteiner NJW 71, 1771; Kleinheyer JZ 61, 473, 474; Ost S. 87, vgl. auch Bruchhausen in Festschrift f. Wilde S. 23 ff., der als Bundesrichter neuerlich unter Hinweis auf die durch die Zuweisungstheorie geschaffene dogmatische Einordnung der Eingriffskondiktion die Anwendung der §§ 812 ff. BGB im gesamten Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes und damit auch die Gewinnherausgabe ausdrücklich befürwortet.

Die These von Caemmerers, dass der Zuweisungsgehalt eines absoluten Rechts sich nicht auf den Gewinn, sondern nur auf seinen objektiven Wert erstreckt, ist daher abzulehnen. Sie birgt darüber hinaus die Gefahr in sich, die Grenzen des Bereicherungsrechts in Richtung auf quasikontraktliche, von einem erlangten Vorteil des Schuldners ganz unabhängige Ansprüche zu überschreiten (171e). Die ausschliessliche Haftung in Form einer pauschalen Bemessung der Bereicherung nach der üblichen Vergütung, die nach von Caemmerer gerade bei Eingriffen in gewerbliche Schutzrechte ihre eigentliche Bedeutung entfaltet, erscheint aber nicht angebracht, wenn ein Gutgläubiger sich ohne den Gebrauch fremder Mittel anderweitig beholfen hätte, weil grade er oft Ausweichmöglichkeiten hat und nicht verpflichtet ist, einen an den Verhältnissen des Verletzten orientierten Preis zu zahlen (172). Daran ändert auch nichts, dass ersterer sich nach Treu und Glauben angeblich an der Sachlage festhalten lassen müsse, "die er selbst geschaffen" habe; denn unser Recht kennt keinen Kontrahierungszwang zum angemessenen Preis (173). Da von Caemmerer

---

171e) Bydlinski in Festschrift f. Wilburg S. 72, 73; Wilburg AcP 163, 346 ff.

172) Jakobs S. 38; Haines S. 84; Storch GRUR 1963, 10; Bötticher AcP 158, 409

173) Jakobs S. 22, 38, 148; Hubmann Ufita 39, 234; Kleinheyer JZ 61, 474; Kellmann NJW 71, 865; RGZ 97, 319; RG GRUR 1934, 627

den Ersparnisgedanken, welchen Rechtsprechung und Lehre in den Verwendungsfällen heranziehen, ausdrücklich ablehnt (174), bleiben die individuellen Verhältnisse des Bereicherungsschuldners, insbesondere die eigenen tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten hinsichtlich der Verwertung des betreffenden Gegenstandes unberücksichtigt. Ob ein Entgelt zu zahlen ist oder nicht, kann daher auch nicht für alle Fälle einheitlich entschieden werden.

Der BGH hält einen Ausgleich auf Lizenzgebührengrundlage bei Eingriffen in gewerbliche Ausschliesslichkeitsrechte überall dort für zulässig, wo die Übertragung oder Überlassung solcher Rechte zur Benutzung durch Dritte gegen Entgelt rechtlich möglich und verkehrsüblich ist (175). Diese sog. Lizenzanalogie scheidet lediglich dann aus, wenn die mit ihr verbundene Unterstellung einer Linzenz-

---

174) von Caemmerer a.a.O.; anders Esser II S. 363; Heck S. 420; Enneccerus-Lehmann S. 876; Wilburg S. 126; Blomeyer MDR 57, 154; Gieseke GRUR 1958, 19; Staudinger § 812 Anm. 13; Palandt § 812 Anm. 5c; Erman § 812 Anm. 2c; BGH NJW 71, 609-Flugreise-; BGH GRUR 1960, 557; LG Köln MDR 59, 211; LG München Ufita 42, 208; Bayer.ObLGZ 1965, 7,13 = NJW 65, 973; kritisch Haines S. 115; RGRK § 812 Anm. 14, 19; Schuler NJW 62, 1843; Pawlowsky Jus 67, 305 Nr. 25.

175) BGHZ 20, 353 - Dahlke; 26, 349 - Herrenreiter; 30, 17 - Valente; 38, 356, 369 - Gaststätten; 44, 376 - Messmer-Tee II; 55, 128 - Flugreise

erteilung den Verletzten in eine unwürdige Lage (z.B. Werbung für sexuelles Stärkungsmittel) bringen würde oder feststeht, dass der Betroffene die Inanspruchnahme seines Rechts abgelehnt hätte; es könne dann nicht unterstellt werden, er hätte dies für die übliche Vergütung doch getan (176). Dagegen geht es nicht an, den Bereicherungsanspruch ohne Verstoss gegen § 818 I und III BGB auf einen Wertersatzanspruch einzufrieren, der nur die üblicherweise zu zahlende Gebühr gewährt.

Nach § 812 ff. BGB ist dem Bereicherten alles abzunehmen, was er ohne sein Vorgehen nicht hätte. Dies führt in den Verwendungsfällen, also bei Erlangung nicht - gegenständlicher Vorteile (177), zwar zu Schwierigkeiten hinsichtlich der Bestimmung des "Erlangten" bzw. der Frage, worin dann die Bereicherung zu sehen sei, für die eine allseits akzeptierte Lösung noch nicht gefunden wurde (178). Die Bereicherung besteht in diesen Fällen aber nicht, wie von Caemmerer dies will, abstrakt und ohne Auswirkung auf das Vermögen des Eingreifers in der für die Verwendung üblicherweise zu zahlenden Vergütung, da sie sonst unter Umständen zu einer Verminderung des Schuldnervermögens über den Betrag der wirklichen Bereicherung hinaus führt und je nach Sachlage eine Schädigung wie ungerechtfertigte Besserstellung des Kondiktionsschuldners darstellt.

---

176) Däubler Jus 69, 51; Hoepffner GRUR 1972, 237

177) Lieb S. 87

178) Kellmann NJW 71, 862; Canaris JZ 71, 560

Zusamenfassung

Die Ablehnung der Bereicherungsvorschriften bei Verletzung gewerblicher Immaterialgüterrechte ist weder aus gesetzessystematischen Gründen noch auf Grund der beteiligten Interessen gerechtfertigt. Im Gegenteil sprechen heute die Bedürfnisse und Risiken des die wirtschaftliche Entwicklung tragenden Innovationsprozesses für die Zulassung eines hier besser entsprechenden Bereicherungsanspruchs.

Statt Schadensersatz ohne wirklichen Schaden oder Verschulden zu gewähren, ist auf einen Verstoss gegen den sämtlichen gewerblichen Schutzrechten immanenten Zuweisungsgehalt abzustellen und dem Eingreifer abzunehmen, was er mit Mitteln des fremden Rechtsgutes erlangt hat, was also seine Bereicherung ohne Einsatz eigener Mittel fördert. Diese kann sowohl ein etwaiger Gewinn wie eine ersparte Lizenzgebühr sein.

Die Zuweisungstheorie stellt ein brauchbares Instrument zur dogmatischen Einordnung der Eingriffskondiktion dar. Der Zuweisungsgedanke entspricht einer Grundentscheidung unserer Rechtsordnung. Abzulehnen sind demgegenüber neuerli-

che Versuche, diesen durch die Idee eines allgemeinen Güterschutzes abzulösen, weil dadurch lediglich eine neue auf Billigkeitserwägungen beruhende Generalklausel geschaffen wird.

Lebenslauf

Ich wurde am 28.3.39 als Sohn des Kaufmanns Hans Gott und seiner Ehefrau Änne Gott, geb. Johé, in Köln geboren. Nach Besuch der Volksschule in Timmendorf/Ostsee und Urbach bei Köln besuchte ich in Köln 9 Jahre lang das Städt. Gymnasium Kreuzgasse, wo ich 1959 das Abitur bestand. Daraufhin absolvierte ich eine zweijährige Volontärzeit bei einer Bank und studierte in München Germanistik und Rechte. Das Referendarexamen legte ich im Termin 1969/I und das Assessorexamen 1972/II in Bayern ab. Während meiner Referendarzeit habe ich in einer Münchner Anwalts- und Steuerkanzlei gearbeitet und bin heute bei einer Versicherung als Rechtsanwalt tätig. Seit 1971 bin ich verheiratet.

Druck: Dissertationsdruck Novotny jr., 8135 Söcking/Starnberg